
MARY ELLEN TURPEL*

POUR UN MÉCANISME DE
RÈGLEMENT DES REVENDICATIONS
TERRITORIALES JUSTE,
INDÉPENDANT, RAPIDE ET
TRANSPARENT

* Mary Ellen Turpel est membre des barreaux de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan et de l'Indigenous Bar Association, et a déjà été professeur agrégé de droit à l'université Dalhousie et professeur agrégé (invité) de droit à l'université de Toronto.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE 67

INTRODUCTION 70

EXAMEN DES ENGAGEMENTS DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL 75

Objectifs plus larges de la réforme de la politique fédérale concernant
des revendications 76

Détail de la plate-forme : propositions touchant la procédure et le fond 78

Participation des provinces 81

Problèmes découlant des politiques et mécanismes actuels concernant
les revendications territoriales 82

Commission des revendications des Indiens 86

Défis institutionnels et bureaucratiques 89

**PRINCIPE DIRECTEUR DE LA RÉFORME : RESPECT INTÉGRAL DES
OBLIGATIONS DE FIDUCIAIRE DE LA COURONNE** 91

PROPOSITIONS EN VUE DU RENOUVELLEMENT DU MÉCANISME 108

La Commission des revendications des Indiens 114

**QUESTIONS TOUCHANT SUR LA TRANSITION :
DIALOGUE SUR LA RÉFORME** 115

CONCLUSION 117

**ANNEXE A PROJET DE PROTOCOLE VISANT LA CRÉATION D'UN
GROUPE DE TRAVAIL MIXTE DES PREMIÈRES NATIONS
ET DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL CHARGÉ D'ÉTABLIR
UNE COMMISSION DES REVENDICATIONS INDÉPENDANTE** 119

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE 122

PRÉFACE

Un gouvernement libéral, en concertation avec les peuples autochtones, entreprendra une refonte complète de la politique fédérale en matière de revendications autochtones. L'objectif du gouvernement libéral concernant les droits des Autochtones aux terres et aux ressources sera de laver l'honneur de l'État en réglant ces questions au moyen d'une procédure équitable¹.

Ce bref document de travail, qui a été préparé pour la Commission des revendications des Indiens, vise à favoriser le dialogue sur les moyens propres à permettre la réalisation de l'engagement qu'a pris le Parti libéral du Canada de réformer la politique et la procédure relatives aux revendications territoriales. Il repose sur le point de vue, par ailleurs largement accepté, que, d'une part, le mécanisme actuel de règlement des revendications territoriales ne fonctionne pas bien et que les conditions applicables pour qu'il y ait négociation des différends territoriaux sont trop restrictives, et que, d'autre part, le rythme de telles négociations est trop lent².

Il n'y a pas eu de révision en profondeur des politiques relatives aux revendications territoriales depuis le début des années 80³. Au cours de cette période, de nombreux faits nouveaux sont survenus, y compris d'importantes décisions judiciaires sur les droits ancestraux et issus de traités. Les politiques relatives aux revendications territoriales, qui n'ont pas suivi cette évolution du droit, sont par ailleurs incompatibles avec la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Exception faite de la création de la Commission des revendications des Indiens en 1991 et de la brève période au cours de laquelle les chefs de Premières Nations et des représentants du gouvernement fédéral ont, en 1992-1993, discuté de la réforme de la politique relative aux revendications particulières,

¹ Propos tirés de la déclaration faite par le chef libéral Jean Chrétien, à Saskatoon, en septembre 1993, et intitulée *Les peuples autochtones du Canada*.

² Ce point de vue trouve appui dans le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones intitulé : *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1995.

³ Le ministère des Affaires indiennes et du Nord a rendu publique la politique fédérale à l'égard des revendications territoriales globales en décembre 1981 dans le document intitulé *En toute justice: une politique des revendications autochtones* (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981) et la politique fédérale à l'égard de certaines revendications particulières, en mai 1982, dans le document intitulé *Dossier en souffrance, une politique des revendications des autochtones* (Ottawa, Approvisionnement et Services, édition révisée, 1987) (voir [1994] I ACRI 187). Toutefois, certaines modifications mineures ont été apportées à ces politiques, particulièrement à la politique des revendications territoriales globales, en 1986, à la suite du dépôt du rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales.

il n'y a eu que peu de changements dans le domaine des revendications territoriales. Même dans les cas où des ententes ont été conclues, le statut de ces ententes (en tant que traités) ainsi que leur mise en oeuvre soulèvent des questions qui dépassent le cadre des politiques actuelles. Le défi que nous devons tous relever est de concrétiser l'engagement *politique de réformer fondamentalement ces politiques* de manière à tenir compte des progrès réalisés au cours de la dernière décennie et de favoriser l'établissement, entre les peuples autochtones et le gouvernement du Canada, de rapports durables et fondés sur le respect mutuel.

L'une des difficultés particulières que j'ai rencontrées dans la préparation du présent document de travail a été de tenir compte de la diversité des situations et des points de vue des peuples autochtones sur cette question. En effet, les Premières Nations (c.-à-d. les *Indiens, tant inscrits que non inscrits*), les Métis et les Inuit ont tous présenté des revendications territoriales qui témoignent de la diversité de leur culture, de leur histoire et de leur situation géographique. De fait, certaines de ces revendications visent les mêmes territoires et soulèvent, entre les Autochtones, de délicates questions de frontières et de droits⁴.

Pour faire en sorte que le processus soit juste et sensible à la situation des divers peuples et gouvernements autochtones, il importe, dans le cadre de la réforme du processus des revendications territoriales, de tenir compte de cette diversité. Il pourrait d'ailleurs se révéler *nécessaire d'en établir un nouveau qui comporterait des mécanismes distincts* pour les revendications des Métis, des Inuit et des Premières Nations. Le présent document porte principalement sur le règlement des revendications des Premières Nations, d'abord parce que la plupart des revendications en souffrance émanent d'elles, et aussi parce que j'éprouve certaines difficultés à imaginer qu'un «seul et même» mécanisme puisse s'appliquer à toutes les situations. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faut cesser de déployer des efforts pour régler les problèmes découlant de cette diversité. Au contraire, la situation l'exige au plus haut point. *Cependant, l'expérience acquise jusqu'à présent en ce qui concerne les revendications des Premières Nations est suffisante pour permettre la réalisation immédiate d'une réforme à cet égard.* Par ailleurs, il faudrait en même temps examiner avec les peuples métis et inuit les problèmes découlant de la diversité de leur situation et concevoir des réformes tenant compte des circonstances qui leur sont propres.

En ce qui concerne la réforme du mécanisme de règlement des revendications territoriales, le problème de la diversité soulève une autre difficulté, propre celle-là aux Premières Nations. *En effet, dans les régions visées par des traités numérotés, les chefs des Premières Nations ont, à maintes reprises, réaffirmé la nécessité d'établir un mécanisme distinct qui viserait à permettre, cas par cas, la mise en oeuvre des traités existants et le règlement des griefs des intéressés.* Un tel mécanisme pourrait bien être la solution à long terme. D'ailleurs, cette solution ne devrait pas être écartée en faveur d'un mécanisme de règlement des différends visant une question spécifique, les revendications territoriales, par exemple. Toutefois, pendant qu'une telle solution serait examinée, il pourrait s'avérer

⁴ On en a pour exemple les conflits territoriaux entre Dénés et Inuit lors de la ratification de l'accord final sur le Nunavut.

nécessaire d'appliquer, ne serait-ce qu'à titre provisoire, des mécanismes visant des questions particulières, par exemple en ce qui concerne les revendications territoriales, vu l'urgence des besoins dans ce domaine. Il va de soi que la décision de recourir à un mécanisme ou à un autre devrait être prise par les chefs des Premières Nations, de concert avec les membres de ces collectivités. De plus, aucune Première Nation ne devrait être contrainte d'accepter quelque mécanisme que ce soit sans avoir pu examiner toutes les solutions qui s'offrent à elle et avoir donné son consentement éclairé. Ce qui est important, à ce stade-ci, c'est de bien comprendre qu'il est essentiel de réaliser l'engagement qui a été pris et de réviser les politiques et les procédures relatives aux revendications territoriales, et de procéder à cette révision dans le cadre de changements plus vastes. Ces changements sont exposés en détail dans la partie du programme du Parti libéral du Canada portant sur la réforme des politiques touchant les questions autochtones, notamment les traités.

Un autre fait important en ce qui concerne la refonte du mécanisme de règlement des revendications territoriales est la régionalisation accrue de ce processus. L'établissement de mécanismes particuliers en Ontario et en Colombie-Britannique est un fait nouveau d'importance, qu'il convient d'analyser en profondeur. Les changements survenus au Manitoba pourraient amener l'établissement de mécanismes régionaux à l'égard des questions foncières intéressant les Premières Nations de cette province. Dans une certaine mesure, toutefois, ces faits nouveaux dans les provinces résultent de l'échec des mécanismes nationaux de règlement des revendications territoriales. La position du gouvernement fédéral dans le cadre de ces mécanismes régionaux ne manque pas de soulever certaines préoccupations. Il convient donc que les progrès réalisés en matière de politiques à l'échelle provinciale soient pris en considération dans le projet de réforme du mécanisme national de règlement des revendications territoriales et inversement. Même si les pressions exercées en vue d'un changement découlent d'une profonde insatisfaction des régions à l'égard des politiques actuelles, cette situation ne fait pas obstacle à une réforme à l'échelle nationale.

Le présent document est, à dessein, bref et ne se veut d'aucune façon un examen exhaustif de la politique des revendications territoriales ou du programme de réforme *du mécanisme de règlement de ces revendications*. On y soulève davantage de questions qu'on en analyse, et aucune «réponse» définitive n'y est proposée. Les réponses aux questions qui se posent ou les solutions à la mise en oeuvre de la réforme du mécanisme de règlement des revendications territoriales doivent être le fruit d'efforts conjoints des peuples autochtones et du gouvernement, réunis à une table commune. Dans le présent document, nous examinons certaines solutions, mais les décisions relatives à la mise en oeuvre d'une mesure ou d'une autre doivent découler de l'application d'un mécanisme conçu et géré conjointement à cette fin. En d'autres termes, le présent document vise à amorcer un dialogue sur la réforme, et c'est aux dirigeants des Premières Nations et du gouvernement qu'il appartient d'imprimer la direction qu'il prendra.

INTRODUCTION

La plate-forme électorale du Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois. Pour la relance économique*, renferme d'importants engagements visant à réorienter les rapports du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones⁵. Depuis son élection, en octobre 1993, le gouvernement libéral a, à maintes reprises, réaffirmé sa volonté de renouveler et d'améliorer ses rapports avec les Premières Nations⁶. L'un des aspects fondamentaux de cette plate-forme concerne le règlement des différends portant sur les terres et les ressources naturelles. Il est possible d'affirmer que ces différends représentent les échecs les plus persistants de la politique de la Couronne sur la question, ceux qui ont causé le plus d'amertume. Ce n'est que depuis 1973 que le gouvernement fédéral s'est dit prêt à régler les différends relatifs aux terres et aux ressources naturelles, et cette ouverture est le résultat de décisions judiciaires⁷.

Même si, au cours des 20 dernières années, on a largement convenu des lacunes des politiques et des procédures existantes en matière de revendications territoriales⁸, les progrès en ce qui concerne les attitudes et les stratégies de règlement des différends ont

⁵ Le Parti libéral du Canada : *Pour la création d'emplois / Pour la relance économique* [Livre rouge] (Ottawa, 1993) [ci-après «Pour la création d'emplois»] et *Les peuples autochtones du Canada* (Ottawa, septembre 1993) [ci-après «Les peuples autochtones»].

⁶ Dans le document en question, on utilise l'expression «peuples autochtones» pour désigner collectivement les Premières Nations, les Métis et les Inuit. On utilise indifféremment les expressions «Premières Nations» et «Indiens». (On utilise également la dernière expression lorsque l'usage l'impose.) J'utiliserai l'expression Premières Nations dans l'ensemble du document étant donné qu'il porte précisément sur les mécanismes liés au règlement des revendications territoriales. (Voir l'explication qui figure dans la préface).

⁷ On songe particulièrement à la reconnaissance du titre ancestral dans *Calder c. Procureur général de la C.-B.* [1973], R.C.S. 313, qui a conduit à l'élaboration d'une politique fédérale à l'égard des revendications territoriales.

⁸ En ce qui concerne la réforme de la politique à l'égard des revendications territoriales, il y a eu un grand nombre d'études, de propositions et de rapports, notamment *Traité en vigueur, ententes durables : rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales* (ministère des Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, Approvisionnement et services, décembre 1985); *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action* (Rapport du Comité spécial de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, 1988); *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations* (Commission sur les Indiens de l'Ontario, Toronto, 1990); *Resolution of Issues Involving First Nations and Governments: An Ontario Experience*, par Roberta Jamieson (document de travail préparé pour le Comité spécial de la justice autochtone de l'Association du Barreau canadien, 1988); *Planning for Fairness: An Evaluation of the Canadian Native Claims Settlement Process*, par Karen Leghorn, documents de planification de l'UBC (School of Community and Regional Planning, Vancouver, août 1985); «Dispute Resolution Mechanisms in the Resolution of Comprehensive Land Claims: Power Imbalance between Aboriginal Claimants and Governments», par Andrea McCallum, (document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones) mai 1993; et «Analysis of Canada's Comprehensive Claims Policies and Suggested Alternatives», par Morris, Rose et Ledgett (document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones), avril 1994. Pour d'autres sources, voir la bibliographie se trouvant à la fin du présent document.

été lents à venir. Les politiques du gouvernement fédéral concernant les revendications globales et particulières⁹ visent clairement à régler les différends portant sur les terres et les ressources naturelles ainsi que certains griefs connexes. Toutefois, ces politiques souffrent de nombreuses lacunes qui seront examinées dans le présent document et qui nous amèneront à nous demander s'il sera vraiment suffisant d'apporter quelques changements mineurs pour les corriger. Même si ces politiques prévoient un processus de négociation pour le règlement des revendications, nous avons assisté, au cours des 20 dernières années, à une augmentation massive du nombre de litiges à cet égard, et ce même si pratiquement tous les intervenants s'entendent pour dire que le recours aux tribunaux n'est pas le meilleur moyen pour régler les différends territoriaux. L'augmentation du nombre de litiges, qui est une conséquence du caractère inadéquat du mécanisme de règlement des revendications territoriales, a eu pour effet d'exacerber l'attitude antagoniste avec laquelle la Couronne et les Premières Nations abordent l'examen de ces différends. Il semble bien que le climat d'antagonisme et d'hostilité qui caractérise les relations entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral empirera. La seule façon de corriger la situation est de réviser les politiques fédérales en matière de revendications territoriales et d'établir un mécanisme approprié et efficace de règlement des différends qui opposent les deux parties relativement aux terres et aux ressources naturelles.

La littérature sur les revendications ainsi que les positions adoptées par les dirigeants des Premières Nations sur la question appuient la création d'un mécanisme de règlement des différends indépendant du gouvernement, établi conjointement par celui-ci et par les Premières Nations, un mécanisme rapide qui offrirait toutes les garanties d'équité sur les plans de la procédure et du fond. Il devrait en outre garantir que le gouvernement fédéral respectera intégralement ses obligations de fiduciaire à toutes les étapes de la procédure, et même après que les différends auront été réglés. Enfin, les peuples autochtones ne devraient pas être tenus, dans le cadre de l'application de ce mécanisme, de rompre les liens historiques et spirituels qui les rattachent à leurs territoires traditionnels. Il existe un fossé immense entre cette vision des choses et les mécanismes existants.

Le seul progrès notable réalisé à l'échelle nationale en ce qui concerne les politiques relatives aux revendications territoriales a été la création, en 1991, de la Commission des revendications des Indiens¹⁰, qui a été chargée des différends touchant les revendications particulières¹¹. Rappelons que le gouvernement fédéral divise les revendications territoriales en trois catégories : les revendications particulières, les revendications globales et les revendications dites «spéciales». Comme ces trois types de revendications n'ont pas été définies de façon précise, on reproche à cette catégorisation d'être arbitraire et inapplicable en pratique. Les revendications particulières sont, dit-on, fondées sur les traités et sur l'application de *Loi sur les Indiens* (c'est-à-dire qu'elles concernent les terres de

⁹ Les politiques figurent dans *Dossier en souffrance* (voir la note 3), et dans *Traités en vigueur, ententes durables* (voir la note 8).

¹⁰ Établie en vertu du décret C.P. 1991-1329, modifié par le décret C.P. 1992-1730.

¹¹ Voir Rapport annuel 1991-1994 de la Commission des revendications des Indiens, Ottawa [1994].

réserve, la cession de ces terres et d'autres situations du genre). Les revendications globales sont fondées sur le fait que les Autochtones occupent et utilisent traditionnellement les terres visées (droit de propriété). Quant aux «revendications spéciales», elles reposent sur l'occupation et l'utilisation traditionnelles (droit de propriété) des terres visées par les Premières Nations qui ont conclu des traités (traités antérieurs à la Confédération) dont les conditions ne portent pas explicitement sur des terres. La Commission des revendications des Indiens a été établie pour s'occuper des revendications particulières, qui comptent pour la majorité des revendications présentées au gouvernement fédéral¹².

Même si la nouvelle commission a laissé entrevoir des perspectives intéressantes en ce qui concerne l'examen des différends, elle souffre d'importantes limites d'ordre institutionnel du fait que les politiques qui balisent son cadre d'action sont jugées peu propices au règlement des revendications¹³. De plus, au terme des enquêtes qu'elle a réalisées jusqu'à maintenant, elle a formulé des recommandations solides et bien étoffées qui ont été présentées au gouvernement pour que des mesures soient prises. Malheureusement, le gouvernement fédéral n'a toujours pas donné suite à ces recommandations et, comme il n'est d'aucune façon tenu de le faire, son inaction remet en cause la raison d'être même de ce mécanisme d'enquête*. Cette situation a amené de nombreuses personnes à se demander si, vu son mandat actuel, la Commission était en mesure de régler les différends concernant les revendications, puisqu'elle ne dispose que du pouvoir de formuler au gouvernement des recommandations qui n'ont par ailleurs aucun caractère obligatoire¹⁴. L'autre fait nouveau important, quoique à l'échelle provinciale plutôt que nationale, a été la création, en 1992, de la *British Columbia Treaty Commission* qui a été chargée d'examiner les revendications globales dans la province¹⁵.

Cette commission est une mesure qui a été prise par les Premières Nations, le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial par suite de la reconnaissance, par la Colombie-Britannique, en 1990, de l'existence de droits territoriaux ancestraux. Depuis 1992, la commission, qu'on est encore à former, n'a pas encore entamé de négociations.

¹² En février 1993, des 578 revendications particulières présentées depuis 1973 seulement 44 avaient été réglées (Parti libéral du Canada, *Les peuples autochtones du Canada* (voir la note 5), p. 11).

¹³ L'Assemblée des Premières Nations, dans sa critique des politiques fédérales à l'égard des revendications territoriales («AFN's Critique of Federal Claims Policy», 21 août 1990), a déclaré ce qui suit :

[Traduction]

En résumé, la politique des revendications particulières du gouvernement fédéral est inadéquate à presque tous points de vue. Les critères et les mécanismes auxquels elle fait appel, de même que les coûts qui y sont associés, se sont traduits par un très petit nombre de règlements, ce qui a incité certaines Premières Nations à ne plus y voir un mécanisme valable pouvant permettre de régler leurs doléances. De nombreuses autres, qui se trouvent à un stade ou à un autre du processus, en ont eu assez d'attendre que des progrès soient réalisés, même à l'égard de revendications relativement mineures.

¹⁴ On trouvera ci-dessous un examen plus complet de la Commission des revendications des Indiens.

¹⁵ Établie à la suite du *Report of the British Columbia Task Force* (Vancouver, Imprimeur de la Reine, le 28 juin 1991).

* Note de l'éditeur : Depuis que M^e Turpel a rédigé le présent document, le gouvernement a réagi à plusieurs rapports déposés par la Commission (voir p. 22, note 37).

Même si un groupe trilatéral (Premières Nations, gouvernement fédéral et gouvernement provincial) a dirigé sa création et l'établissement d'un protocole régissant sa procédure et les négociations, la commission travaille dans le cadre établi par la politique nationale. Bon nombre de progrès encourageants ont découlé des travaux du groupe trilatéral, par exemple la nomination de commissaires autochtones et non autochtones. Au moment où nous avons écrit ces lignes, environ 40 revendications avaient été présentées en vue de la tenue de négociations, mais aucune décision n'avait encore été prise quant à l'ordre de priorité de leur examen. Toutefois, il semble probable que, dès que s'amorceront des négociations, on verra surgir des différends susceptibles d'aboutir aux mêmes impasses que ceux faisant l'objet, dans d'autres régions du pays, de négociations en vertu des politiques existantes (p. ex. différends sur la question de l'extinction des droits ou sur le règlement des conflits par un décideur indépendant). Étant donné que la commission est un mécanisme nouveau, encore en voie de formation, il est difficile d'évaluer les progrès réalisés à ce jour. Il reste encore à voir si les politiques nationales continueront ou non d'influer sur le processus des revendications territoriales en Colombie-Britannique et si cette situation aura des répercussions sur les progrès qui seront accomplis une fois que les négociations auront débuté. Cette réserve ne vise toutefois pas à minimiser de quelque façon que ce soit le progrès qu'a constitué l'établissement d'un organisme régional chargé de faire avancer les négociations. Cette initiative de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les revendications globales est importante, et les changements apportés aux politiques nationales devraient intégrer les progrès réalisés dans cette province. Cependant, il est évident qu'une refonte plus globale des politiques nationales est nécessaire pour faire en sorte, d'une part, que la politique et la procédure nationales soient conformes aux engagements pris par le gouvernement fédéral et, d'autre part, que ces engagements soient intégrés aux mécanismes régionaux existants telle que la *British Columbia Treaty Commission*.

Les changements proposés à la politique des revendications territoriales par le Parti libéral du Canada trouvent appui dans de bon nombre d'études, de rapports et d'articles publiés au cours des 10 dernières années. Le présent document s'attachera principalement aux questions touchant le processus des revendications territoriales et aux moyens de résoudre les différends qui existent en ce qui concerne les conditions de recevabilité des revendications globales et particulières en vue de la tenue de négociations, les négociations elles-mêmes et la mise en oeuvre des ententes de règlement. Cependant, le cadre établi par les politiques fondamentales ne peut être dissocié des questions touchant le processus et le règlement des différends. D'ailleurs, l'expérience de la Commission des revendications des Indiens semble renforcer ce point : il est possible qu'une simple réforme institutionnelle du processus – non accompagnée d'une réforme des politiques relatives aux critères de recevabilité des revendications, au financement et aux lignes directrices applicables au déroulement des négociations – puisse temporairement tenir le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) à l'écart des conflits, mais elle ne saurait les régler. La Commission a déjà commencé à établir sa crédibilité dans l'examen des différends dossiers et le fait qu'elle privilégie les mécanismes de règlement extrajudiciaires est un signe encourageant. Je suis d'avis que la réforme du processus contribue concrètement

à la révision des assises des politiques en fournissant l'occasion d'apprécier, dans des situations données, le caractère équitable de ces politiques et l'application des critères fondamentaux. À titre d'exemple, un comité de la Commission des revendications des Indiens a été appelé, dans le cadre de son enquête concernant la plainte présentée par les Denesulines d'Athabasca¹⁶ relativement à leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage issus de traité, à se demander si la politique des revendications particulières s'appliquait à des revendications fondées sur une atteinte à des activités de chasse, de pêche et de piégeage prévues par traité. Le fédéral prétendait que les droits de prédation ne peuvent faire l'objet d'une enquête par la Commission que si on peut faire la preuve de violations précises (autrement dit, la Commission n'a pas de pouvoir déclaratoire). Le comité responsable de l'enquête a statué que la politique visait les activités de prédation et que les griefs des intéressés à l'égard de tels droits pouvaient faire l'objet d'une revendication particulière. On constate que cette décision, rendue dans le cadre du processus, a permis de préciser un aspect litigieux de la politique. En d'autres mots, un processus adéquat permettra de résoudre les problèmes de fond que soulèvent les politiques. Même si nous accorderons une certaine attention à des questions de fond et de politiques dans le présent document, il convient de signaler que nous n'entendons pas y faire un examen approfondi de la question de l'extinction des droits et d'autres problèmes de fond litigieux¹⁷.

Notre étude est divisée en quatre parties. Premièrement, nous examinons l'engagement qu'a pris le gouvernement fédéral (le Parti libéral du Canada) de réformer les politiques concernant les revendications territoriales à l'échelle nationale, et nous donnons un aperçu des politiques et des institutions existantes. Deuxièmement, nous analysons la question des obligations de fiduciaire et les raisons pour lesquelles le respect intégral de ces obligations est un facteur qui devrait guider les discussions en vue de la mise en oeuvre de vastes réformes dans le domaine foncier. Troisièmement, nous examinons diverses solutions en vue de la révision du processus de règlement des revendications, en indiquant de manière plus particulière en quoi la Commission des revendications des Indiens pourrait constituer une des pierres d'assise de la réforme. Quatrièmement, nous examinons la nécessité d'établir un mécanisme de transition pour faire en sorte que s'amorce le dialogue sur la réforme du processus des revendications et qu'on tienne compte des autres engagements pris par le gouvernement envers les peuples autochtones, par exemple l'engagement de concrétiser leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

¹⁶ [1994] ACRI 175.

¹⁷ P. Joffe et M.E. Turpel, *Extinguishment of the Rights of Aboriginal Peoples: Problems and Alternatives*, 3 vol. (Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, le 17 novembre 1994).

EXAMEN DES ENGAGEMENTS DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Le Parti libéral du Canada a préparé un énoncé de politique détaillé sur les questions touchant les peuples autochtones¹⁸. Dans cette plate-forme, on parle carrément de refonte de la politique fédérale des revendications territoriales. D'ailleurs, les engagements pris à cet égard méritent un examen attentif, car ils représentent les éléments d'un programme de réforme qui marque un profond virage par rapport aux politiques et pratiques existantes. Qui plus est, même si des engagements très précis ont été pris, un examen plus approfondi des propositions concernant les terres et les ressources naturelles est nécessaire afin d'établir un plan d'action détaillé en vue de leur mise en oeuvre. Depuis qu'ils forment le nouveau gouvernement du Canada¹⁹, les ministres libéraux ont proposé la réalisation avec les Premières Nations de certaines «expériences à l'échelle locale ou régionales»²⁰. Cependant, ni les Premières Nations ni le gouvernement du Canada n'ont encore élaboré de plan concret de mise en oeuvre des engagements concernant les revendications territoriales. À l'heure actuelle, on se trouve dans une situation plutôt singulière en ce qui concerne les politiques et pratiques en matière de revendications territoriales : même si des engagements de réforme ont effectivement été formulés, les discussions en vue de leur mise en oeuvre n'ont pas encore commencé. Par conséquent, les revendications continuent d'être examinées comme si ces engagements n'avaient pas été pris, et la frustration monte.

Dans le présent document, nous avons accepté, sans réserve, l'engagement du gouvernement du Canada d'établir de nouveaux rapports avec les peuples autochtones et, de façon plus particulière, sa proposition de procéder à une refonte complète de la politique fédérale des revendications territoriales. Même si, sur le fond, les engagements du gouvernement fédéral à cet égard ne sont pas nouveaux et qu'ils trouvent un appui considérable dans la littérature pertinente²¹, le fait que le gouvernement libéral se soit engagé

¹⁸ *Les peuples autochtones* (voir la note 5).

¹⁹ Même si le programme politique visé dans la présente partie est celui du Parti libéral du Canada, je ferai indifféremment référence au Gouvernement du Canada et au Parti libéral du Canada, puisque le Gouvernement du Canada a confirmé à de nombreuses reprises son intention de donner suite à la mise en oeuvre de ce programme.

²⁰ L'entente conclue entre le ministre des Affaires indiennes et l'Assemblée des chefs du Manitoba, en vertu de laquelle il a été convenu de réduire la taille du ministère des Affaires indiennes dans cette province, constitue probablement la plus ambitieuse proposition régionale annoncée jusqu'à maintenant. L'entente-cadre a été signée le 7 décembre 1994.

²¹ Canada, *Traités en vigueur, ententes durables*, note 2; Association du Barreau canadien, *Les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action*; Comité des chefs sur les revendications, *Présentation des Premières Nations*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, le 14 décembre 1990, repris à [1994] ACRI 203. Pour d'autres sources générales, voir la bibliographie ci-dessous.

à effectuer une réforme fondamentale des politiques en la matière, pour tenir compte des critiques formulées depuis longtemps à leur égard, est un événement qui vaut d'être signalé, et nous devons y voir une ouverture sincère et sérieuse en faveur du changement. Nous allons, dès le départ, décrire clairement ces engagements afin d'être en mesure de faire état de toute dérogation récente à ceux-ci. Par ailleurs, il importe de souligner que, en l'absence de progrès sur les questions relatives aux revendications territoriales, la sincérité des engagements du nouveau gouvernement ne tardera pas à être mise en doute.

Les engagements touchant la réforme du processus des revendications territoriales peuvent être divisés en trois grandes catégories : premièrement, les engagements qui découlent de l'objectif global, de la décision politique concernant la réforme de la politique fédérale à l'égard des questions autochtones de façon générale, notamment en vue de mettre en oeuvre la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et de favoriser l'indépendance économique; deuxièmement, les propositions spécifiques touchant la réforme de la politique des revendications territoriales, y compris sur des questions de fond et de procédure, par exemple la redéfinition de la notion de revendication et l'établissement d'un mécanisme indépendant visant à faciliter le règlement des différends; et, troisièmement, l'engagement du gouvernement fédéral de travailler en étroite collaboration avec les gouvernements provinciaux, puisque ce sont eux qui ont compétence sur les terres et les ressources naturelles situées sur leur territoire, autrement dit, l'engagement concernant les relations intergouvernementales. Nous décrirons tour à tour chacune de ces grandes catégories afin de tracer un portrait clair des engagements sur lesquels porte notre étude. De cette façon, nous serons à même d'évaluer les problèmes que pose la mise en oeuvre de ces engagements et les moyens qui pourraient être utilisés à cette fin.

OBJECTIFS PLUS LARGES DE LA RÉFORME DE LA POLITIQUE FÉDÉRALE CONCERNANT LES REVENDICATIONS

L'engagement du gouvernement fédéral de réformer la politique des revendications territoriales repose sur deux objectifs fondamentaux : l'autonomie gouvernementale et l'indépendance économique. Au cours des dernières décennies, le processus des revendications territoriales a rendu difficile la réalisation de progrès à l'égard de ces deux objectifs. Le Parti libéral s'est engagé à travailler à la concrétisation de ces objectifs et a exprimé, dans les termes suivants, le rapport qui existe entre l'avancement du dossier des revendications territoriales et la réalisation des objectifs susmentionnés :

Dans sa plate-forme électorale, Pour la création d'emplois. Pour la relance économique. Le plan d'action libéral pour le Canada, le Parti libéral s'engage à prendre des initiatives, en collaboration avec les autochtones, en faveur du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada. De fait un gouvernement libéral mettra de l'avant des initiatives qui stimulent le développement des collectivités autochtones et jettent les bases d'une économie saine²².

²² *Les peuples autochtones du Canada* (voir la note 5), p. 2.

Le règlement des revendications territoriales est essentiel à l'épanouissement économique et politique des Premières Nations, car le système des réserves n'a jamais su pourvoir adéquatement à leurs besoins économiques et sociaux, et il n'a certes pas été établi dans le respect de leurs droits fonciers.

Le règlement des revendications territoriales est également une condition essentielle, d'une part, à la réalisation de progrès en ce qui concerne le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et, d'autre part, à l'établissement, entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral, de rapports fondés sur un degré plus grand de confiance et de respect mutuel. Tant et aussi longtemps que les revendications territoriales des Premières Nations n'auront pas été réglées, il est difficile d'envisager des progrès dans la concrétisation de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Si on ne règle pas les différends qui existent à cet égard, la compétence territoriale des gouvernements des Premières Nations continuera d'être une source de friction, aussi bien dans les rapports entre les gouvernements que dans les pourparlers sur la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.

[Traduction]

Une définition claire des droits des Premières Nations en ce qui a trait aux terres et aux ressources naturelles est une condition essentielle à la réussite de l'autonomie gouvernementale à long terme. Mais la détermination, avec certitude, des divers droits en jeu, notamment les droits de propriété, est également importante pour les Canadiens non autochtones et les gouvernements puisqu'elle favorisera le développement économique et contribuera à remettre les Canadiens au travail²³.

Il est possible de prétendre qu'en l'absence de progrès au chapitre des revendications territoriales tous les autres aspects de la plate-forme du Parti libéral seront remis en question. Le Parti l'a d'ailleurs lui-même reconnu :

Pour être autonomes et assurer leur développement économique, les autochtones doivent pouvoir exploiter les terres et le sous-sol. C'est pourquoi un gouvernement libéral s'engage à rendre le règlement des revendications territoriales plus équitable, plus efficace et moins coûteux²⁴.

La restitution aux peuples autochtones de terres et de ressources qui leur permettront de s'épanouir, par le règlement équitable de leurs revendications territoriales, est la clé de la réussite économique et culturelle à long terme de l'autonomie gouvernementale. La dépossession des territoires ancestraux est à la racine des malaises et des iniquités socio-économiques que l'on retrouve chez les peuples autochtones au Canada²⁵.

²³ Le ministre des Affaires indiennes Ron. Irwin, discours prononcé dans le cadre d'un atelier de l'Association du Barreau canadien, le 12 février 1994, à Halifax. (Inédit).

²⁴ *Les peuples autochtones* (voir la note 5), p. 2.

²⁵ *Id.*, p. 11.

La reconnaissance du fait que la remise aux sociétés autochtones de leurs terres et de leurs ressources naturelles est une condition essentielle à la réussite, à long terme, de l'autonomie gouvernementale est un facteur important puisqu'il est fondé sur la reconnaissance des droits des Autochtones. Le cadre établi par les politiques fédérales actuelles repose sur une prémisse plutôt singulière. En effet, comme ces politiques nient d'entrée de jeu l'existence de tous droits territoriaux, le fédéral négocie en adoptant une attitude de magnanimité plutôt qu'en considérant comme acquis que les Autochtones ont des droits à l'égard des territoires qu'ils revendiquent. Ce qui rend la situation par ailleurs paradoxale, c'est que même si la politique fédérale des revendications territoriales repose sur le principe que les requérants n'ont, au départ, aucun droit que ce soit, elle exige néanmoins de ceux-ci qu'ils consentent à l'extinction de tous les droits qui pourraient exister. La nouvelle attitude en ce qui concerne la reconnaissance des droits, l'indépendance économique et l'autonomie gouvernementale marque un virage important et opportun par rapport aux politiques existantes.

Le fait de considérer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale comme un objectif de la politique générale est un facteur important dans le cadre de la réforme du processus des revendications, car la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale commande un partage des pouvoirs en ce qui concerne l'élaboration des politiques et la création des nouvelles institutions chargées de régler les différends. Par le passé, les politiques et les mécanismes ont été établis par le gouvernement fédéral, de manière unilatérale, et on n'a peu ou pas sollicité la participation et le consentement des Premières Nations à cet égard. Il est essentiel, dans le cadre de l'autonomie gouvernementale, que les Premières Nations participent et consentent aux décisions qui les touchent, et ce à tous les paliers. Il s'ensuit que, à l'instar de la *British Columbia Treaty Commission*, les nouvelles institutions devraient être formées de représentants (gouvernementaux) des Premières Nations et des non-Autochtones et tenir compte des valeurs de chaque groupe. L'ancienne attitude, qui consistait à imposer des politiques ainsi que le point de vue de la bureaucratie sur ce qui est juste ou réalisable, a été abandonnée au profit d'une approche fondée sur le partage des pouvoirs et le rétablissement de meilleures relations entre les Premières Nations et les gouvernements. Il s'agit là d'un virage opportun, qui contribuera à l'élaboration d'une politique des revendications territoriales fondée sur le l'équité et le respect mutuel.

DÉTAIL DE LA PLATE-FORME PROPOSITIONS TOUCHANT LE FOND ET LA PROCÉDURE

Pour réaliser et l'autonomie gouvernementale et l'indépendance économique, un virage politique important s'impose. Ce virage doit porter sur deux aspects interreliés de la politique actuelle des revendications territoriales. Premièrement, il faut procéder à une refonte des fondements de cette politique, par exemple en réexaminant les critères de recevabilité des revendications et la portée des négociations (devrait-on, par exemple, ajouter à la liste des sujets faisant l'objet des négociations les questions relatives aux champs de compétence des gouvernements autonomes). Deuxièmement, il faut établir un nouveau mécanisme

propre à assurer et la mise en oeuvre de la politique et le règlement des différends à toutes les étapes du processus, autant avant qu'une décision soit rendue sur la recevabilité des revendications qu'après qu'un accord a été conclu. En effet, la politique actuelle ne comporte pas de procédure d'appel ni de mécanisme de règlement de différends (exception faite de la Commission des revendications des Indiens), et un petit nombre seulement des mesures qui sont propres à garantir le respect de la justice fondamentale et de l'équité et qu'on semble désormais considérer comme des exigences du droit canadien lorsque des décisions gouvernementales ont des conséquences importantes sur les droits des intéressés, notamment les droits de propriété. Le Parti libéral du Canada a proposé des réformes importantes à l'égard des deux aspects en question.

Le premier engagement porte sur le fond de la politique. Le gouvernement fédéral a expressément déclaré que les mécanismes de règlement des revendications territoriales ne reposeront plus sur le principe de l'extinction globale des droits ancestraux et issus de traités et que, en outre, on examinera la possibilité de recourir à d'autres moyens n'ayant pas pour effet d'obliger les peuples autochtones à rompre les liens historiques qu'ils entretiennent avec les terres.

Les négociations ont été difficiles en partie à cause des objections opposées par les peuples autochtones concernant certains aspects de la politique actuelle – en particulier l'extinction des droits – et de la réticence de l'État fédéral à négocier l'autonomie gouvernementale dans le cadre des revendications. Elles ont été indûment retardées, d'où l'endettement énorme des requérants. Les problèmes liés à la mise en oeuvre de certaines ententes sur les revendications territoriales sont une autre raison de revoir la politique actuelle. [...] En vertu de la Constitution canadienne qui «reconnait et affirme [sic]» dorénavant les droits ancestraux et issus de traités des autochtones, le gouvernement libéral supprimera l'obligation de renonciation dans le cas des revendications fondées sur les droits territoriaux [sic]²⁶.

Sur la foi de cette déclaration, on peut considérer comme acquis que le principe de l'extinction globale sera écarté. Voilà qui pourrait permettre des progrès importants, puisque l'application de cette exigence a eu pour effet d'empêcher bon nombre de Premières Nations d'entamer ou de poursuivre des négociations concernant des revendications, ou encore de conclure un accord. En effet, les Premières Nations jugent inacceptable, sur le plan culturel, le principe de l'extinction des droits, qu'elles considèrent par ailleurs comme une obligation de renoncer aux rapports uniques qu'elles entretiennent avec leurs territoires traditionnels.

La deuxième proposition, qui touche à la fois le fond et la procédure de la politique existante, est l'engagement du gouvernement d'éliminer la distinction entre revendications particulières et revendications globales.

²⁶ *Ibid.*, p. 12.

La distinction artificielle entre les revendications particulières et les revendications globales, que l'on retrouve dans les politiques actuelles, a fait l'objet de nombreuses critiques. En lieu et place, nous proposons une politique générale englobant toutes les revendications. Sous un gouvernement libéral, la négociation des revendications concernant les droits ancestraux et issus des traités pourrait inclure le droit à l'autonomie gouvernementale²⁷.

Même si la déclaration est muette à l'égard de la mystérieuse catégorie des «revendications spéciales», il semble logique de penser que toutes les revendications seraient visées par une seule et même politique générale et qu'il ne serait plus nécessaire, pour que des négociations puissent avoir lieu, d'établir qu'une revendication relève d'une catégorie bureaucratique ou d'une autre.

La troisième proposition concerne le fond de la politique des revendications. Dans sa plate-forme, le Parti libéral reconnaît que la politique actuelle n'a pas subi de modifications importantes depuis 1980 et qu'il est nécessaire d'établir une nouvelle politique et une nouvelle procédure pour tenir compte des faits nouveaux survenus par suite de litiges soumis aux tribunaux, litiges dont certains découlaient de l'inefficacité du processus des revendications.

Il est indispensable aujourd'hui d'apporter des réformes en profondeur à ces procédures. Premièrement, elles n'ont pas suivi l'évolution politique et juridique des droits des autochtones et des droits issus des traités. Aucune modification profonde n'a été apportée à la politique fédérale sur les revendications depuis la révision effectuée par le gouvernement libéral en 1980. Depuis, pourtant, nous avons été témoins d'importantes réalisations juridiques et politiques. En avril 1982, les droits des autochtones [sic] et les droits issus des traités ont été reconnus et inscrits à l'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982. De plus, la Cour suprême du Canada a rendu au moins cinq arrêts importants [...] Tous ces arrêts traitent de la question des revendications²⁸.

Le Parti libéral du Canada a reconnu que le mécanisme de règlement des revendications territoriales n'est pas rapide et que le recours aux tribunaux pour régler les différends est cause de retards et de dépenses inutiles. Voilà pourquoi il propose que le gouvernement et les Premières Nations établissent conjointement une commission des revendications indépendante, qui assurerait un processus rapide et équitable et qui aurait pour effet d'éliminer la situation de conflit d'intérêts qui afflige le mécanisme actuel.

[L]es politiques actuelles n'ont pas permis de régler les revendications territoriales. [...] La lenteur de la procédure actuelle de règlement et les litiges qui découlent des impasses s'avèrent très onéreux. [...] Un gouvernement libéral établira une nouvelle procédure de règlement. Il créera une commission indépendante dont les missions seront établies en collaboration avec les peuples autochtones, et qui devra se pencher sur les revendications aussi

²⁷ *Ibid.*, p. 12.

²⁸ *Ibid.*, pp. 11-12.

bien particulières que globales. [...] La commission indépendante pourrait accélérer le règlement des revendications et réduire d'autant les coûts pour les représentants autochtones et l'État. [...] La procédure actuelle place également l'État dans une situation de conflit puisqu'il est à la fois juge et partie²⁹.

Il est malheureux que les Premières Nations aient dû recourir aux tribunaux en raison des lacunes du processus des revendications territoriales. Ce fait est important, car il devrait nous inciter à envisager d'autres moyens que les tribunaux pour régler les différends. C'est ici que l'expérience de la Commission des revendications des Indiens se révèle instructive.

Cette commission, composée de membres choisis d'un commun accord par les peuples autochtones et par les autorités fédérales, pourrait se voir confier les tâches suivantes : faire rapport à intervalles réguliers au Parlement; faciliter les négociations sur les revendications; établir des calendriers de négociation; élaborer des critères de validation des revendications; évaluer l'opportunité de clarifier ou de modifier les traités pour en respecter l'esprit; participer à la mise en oeuvre des ententes sur les revendications. [...] Cette commission ne remplacera pas les négociations directes entre les autorités fédérales et les autochtones, mais facilitera les négociations et les rendra plus équitables³⁰.

Il est essentiel, pour faire avancer les choses, de donner suite à la proposition de créer une commission indépendante qui ne remplacerait pas le mécanisme de négociation, mais aurait plutôt pour mission d'en contrôler le fonctionnement et de connaître des différends touchant tous les aspects des revendications (de la décision concernant la recevabilité d'une revendication à la mise en oeuvre du règlement intervenu). La prise d'un engagement en ce sens par le gouvernement était attendue depuis longtemps et vaut d'être appuyée.

PARTICIPATION DES PROVINCES

Depuis l'adoption de la politique fédérale des revendications en 1973, la participation des provinces au règlement des différends touchant les revendications territoriales constitue une question délicate.

La plupart des terres domaniales situées au sud du 60^e parallèle appartiennent aux provinces. Un gouvernement libéral incitera les provinces à faire droit aux demandes des autochtones concernant le sol et le sous-sol, notamment à négocier des accords sur le partage des recettes tirées de la mise en valeur des richesses naturelles. Nous encouragerons les autres pouvoirs publics et les peuples autochtones à conclure des accords prévoyant une gestion en commun³¹.

²⁹ *Ibid.*, pp. 12-13.

³⁰ *Ibid.*, p. 13.

³¹ *Pour la création d'emploi* (voir la note 5), p. 99.

Bon nombre de Premières Nations estiment que le transfert des terres et des ressources naturelles aux provinces prévu par l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que les conventions sur le transfert des ressources naturelles conclues avec les provinces des Prairies violent les traités qu'elles ont signés avec le gouvernement fédéral. En outre, certaines Premières Nations signataires de traités ne veulent pas d'un mécanisme tripartite de règlement des revendications territoriales, car elles craignent qu'une telle mesure compromette les rapports historiques qu'elles ont avec la Couronne. Le Parti libéral semble avoir, d'une certaine manière, étudié cette difficulté en proposant de faire participer, avec le consentement des Premières Nations concernées, les provinces touchées au règlement des griefs territoriaux, peut-être au moyen d'un mécanisme ou dans le cadre de négociations.

Il est essentiel que l'on continue d'examiner les deux aspects susmentionnés, à savoir la réforme touchant le fond de la politique et l'établissement de mécanismes de règlement des différends. Toutefois, dans le présent document, nous nous attacherons principalement aux mécanismes de médiation et de règlement des différends.

PROBLÈMES DÉCOULANT DES POLITIQUES ET MÉCANISMES ACTUELS CONCERNANT LES REVENDICATIONS TERRITORIALES

Il existe actuellement deux politiques en matière de revendications territoriales : la politique des revendications globales et celle des revendications particulières³². Toutes deux prévoient la tenue de négociations une fois que les revendications ont été jugées «recevables» par le gouvernement. Or, c'est le mécanisme de détermination de la recevabilité des revendications qui est la cause de nombreux différends, car le gouvernement a établi des critères généraux, qu'il interprète souvent de façon étroite et imprévisible. De plus, dans bon nombre de cas, il refuse de communiquer à la Première Nation requérante les motifs juridiques sur lesquels il s'appuie pour déclarer la revendication irrecevable, invoquant le fait qu'il s'agit d'un secret d'intérêt public. Les deux politiques ont été établies après que la Cour suprême du Canada a reconnu, dans l'arrêt *Calder*³³, en 1973, l'existence de la notion de titre ancestral. Le gouvernement fédéral a élaboré seul ces politiques et, à l'occasion, il les a révisées, mais sans que les Premières Nations y participent de façon notable³⁴.

La politique des revendications globales fonctionne ainsi : les requérants préparent un énoncé de leur revendication, appuyé de documents établissant qu'ils sont en mesure de satisfaire le critère servant à établir l'existence du titre ancestral sur les terres revendiquées. Les demandeurs doivent démontrer qu'ils constituent une société organisée,

³² Pour un aperçu du processus, qui n'a été que légèrement modifié, voir Ministère des Affaires indiennes et du Nord, Feuillelet d'information du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien à propos de la politique des revendications territoriales, juillet 1990, et, plus récemment, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (Ottawa, mars 1993).

³³ *Calder c. Procureur général de la C.-B.* (voir la note 7).

³⁴ À l'exception peut-être des revendications présentées à la Commission des revendications des Indiens; voir ci-dessous.

qu'ils occupent, de temps immémorial, le territoire visé, que l'occupation et l'utilisation de ce territoire ont été ininterrompues et que, pour l'exercice de leurs activités traditionnelles dans ce territoire, ils ont exclu de ce territoire les autres peuples autochtones. Pour satisfaire ces divers critères, les demandeurs doivent présenter une preuve documentaire considérable. D'ailleurs, dans certains cas, le fait d'exiger des requérants qu'ils fassent la preuve qu'ils occupent, de temps immémorial, les terres visées a quelque chose d'absurde, dans la mesure où l'information disponible sur les débuts de la période coloniale est fragmentaire et où la culture des demandeurs repose sur la tradition orale, d'autant plus que la preuve orale n'est pas admise dans le cadre du processus des revendications. Cette situation est particulièrement criante dans la région de l'Atlantique.

Si la revendication satisfait ces critères, elle est inscrite à la liste des revendications devant faire l'objet de négociations. Jusqu'à tout récemment, il n'y avait jamais plus de six revendications faisant l'objet de négociations en même temps. Même si cette limite n'existe plus, certains craignent encore l'ingérence politique dans l'établissement de l'ordre de priorité des négociations. On négocie ensuite une entente-cadre, fixant en détail le programme des négociations devant mener à la conclusion d'une entente de principe. Cette entente de principe devient finale lorsqu'une loi visant à lui donner effet a été adoptée par le Parlement. Le groupe qui a présenté la revendication doit toutefois avoir ratifié l'entente avant l'adoption de la loi visant à lui donner effet. Les droits prévus par l'entente peuvent être protégés par la Constitution en tant que droits issus de traités si le gouvernement fédéral accepte d'insérer dans l'entente et dans sa loi de mise en oeuvre une disposition indiquant que l'entente constitue un accord sur des revendications territoriales au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À titre d'exemple, mentionnons que le gouvernement fédéral n'a pas accordé ce statut aux récentes ententes concernant les revendications territoriales au Yukon³⁵.

Le processus des revendications particulières fonctionne de la même façon. Les demandes visées par ce mécanisme concernent l'administration de terres ou d'autres biens des Indiens ou encore le respect des dispositions de traités conclus avec les Premières Nations. Après avoir fait les recherches nécessaires concernant leur revendication, les requérants la présentent au ministère des Affaires indiennes, accompagnée de documents tendant à indiquer que le Ministère ou le Ministre a manqué à une obligation légale. Dans le cadre de ce processus, qui vise principalement les obligations légales, on encourage les requérants à présenter des arguments juridiques à l'étape de la détermination de la recevabilité de la revendication. Sur avis favorable du ministère de la Justice, la revendication est déclarée recevable et passe ensuite à l'étape des négociations. À cette étape, on discute notamment des fondements de la revendication («éclaircissement de la revendication») et des directives en matière de compensation.

³⁵ Peter Hogg et moi-même, nous nous demandons, dans *La mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : aspects constitutionnels et questions de compétence* (à paraître dans la Revue du Barreau canadien en 1995), si cela empêche ces ententes d'être protégées par la Constitution à titre de droits ancestraux. Nous nous y proposons aussi de changer la politique de ne pas accorder aux ententes d'autonomie gouvernementale le statut de traité.

Il est impossible, dans un exposé sommaire du processus des revendications, de décrire, d'une manière qui rende justice aux requérants, tout le travail qu'exige la présentation d'une revendication. Dans les faits, ce processus n'est pas rapide et n'a pas su se gagner l'appui des requérants qui, en raison des lacunes du processus, continuent d'ailleurs à s'adresser en grand nombre aux tribunaux afin de régler les différends qui surgissent. Voici une brève description de certains des problèmes les plus notables qui affligent les politiques fédérales actuelles en matière de revendications³⁶.

- Les politiques en question ont été établies par le gouvernement fédéral, non pas de concert avec les Premières Nations, mais unilatéralement. Elles ont été modifiées sans le consentement des Premières Nations et sans que ces dernières participent à tout ou partie du processus de révision.
- Comme ces politiques sont fondées sur une présomption de non-existence des droits revendiqués et sur une analyse de la recevabilité ne reposant pas uniquement sur des critères jurisprudentiels, les requérants sont, dans certains cas, tenus de présenter, à grands frais, des mémoires plus détaillés que ceux qu'exigeraient les tribunaux.
- L'objectif premier du gouvernement fédéral est d'éteindre les droits ancestraux et issus de traités visant des terres et des ressources naturelles.
- La recevabilité des demandes est déterminée à partir de décisions prises par des fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes, la partie même qui négociera pour le compte de la Couronne, dans le but de limiter les droits susceptibles d'être reconnus. Cette situation ne manque pas de soulever d'importantes questions en matière de conflit d'intérêts.
- L'approbation des mandats de négociation exige non seulement un temps démesuré, mais donne aussi lieu à d'interminables querelles.
- La plupart des griefs relatifs aux droits issus de traités, par exemple en ce qui concerne la chasse, le piégeage ou la taxation, ne peuvent être examinés dans le cadre du mécanisme de règlement des revendications particulières, en raison du caractère étroit des critères de recevabilité et de la façon dont ces critères sont appliqués par les fonctionnaires fédéraux.
- L'étape de l'éclaircissement du bien-fondé juridique des revendications est à ce point ardu, en raison de l'interprétation restrictive que donnent les fonctionnaires fédéraux des droits ancestraux et issus de traités, que les requérants s'en tireraient mieux devant les tribunaux.

³⁶ L'Assemblée des Premières Nations a préparé trois documents qui présentent en détail les critiques formulées contre les politiques à l'égard des revendications territoriales : *AFN's Critique of Federal Government Land Claims Policies*, note 13; *Doublespeak of the 90's: A Comparison of Federal Government and First Nation Perceptions of Land Claims Process*, (Ottawa, Assemblée des Premières Nations, août 1990); et *Land Claims Reform Process: Towards an Adequate First Nation Land and Resource Base* (Ottawa, Assemblée des Premières Nations, août 1994).

- Les montants en jeu dans les revendications particulières sont «réévalués à la baisse» par les fonctionnaires fédéraux, en fonction des chances de succès de la Couronne devant les tribunaux, ce qui a pour effet de réduire le montant des indemnités qui sont accordées en bout de ligne.
- Dans le cours des négociations, diverses tactiques sont utilisées pour faire pression sur les requérants. De plus, on profite du déséquilibre des forces entre les parties pour forcer la conclusion d'ententes ou pour mettre des revendications en veilleuse.
- Les fonds alloués à la présentation des revendications et aux négociations sont insuffisants. Étant donné que les décisions relatives aux prêts et au financement sont prises par le ministère, cette situation soulève d'importantes questions en matière de conflits d'intérêts.
- La portée des négociations est limitée par les priorités du gouvernement fédéral, et on n'examine pas les questions touchant l'autonomie gouvernementale et les compétences autochtones.
- Comme les intérêts des requérants ne jouissent d'aucune protection pendant que les négociations suivent lentement leur cours, les requérants doivent s'adresser aux tribunaux pour empêcher, dans l'intervalle, la destruction des terres et des ressources naturelles qu'ils revendiquent.
- Même si de nombreux problèmes surgissent à l'étape de la mise en oeuvre et qu'il arrive souvent que les gouvernements fédéral et provinciaux ne respectent pas les accords conclus, les Premières Nations disposent rarement de recours efficaces contre une telle inaction.
- On ne motive pas toujours les décisions concluant à l'irrecevabilité de revendications et, même lorsque la décision est motivée, on ne communique pas à la Première Nation requérante les avis juridiques et autres justifications étayant cette décision.
- Comme aucun délai n'est fixé à l'égard des négociations et que la Couronne n'a pas vraiment intérêt à conclure un règlement, les négociations traînent en longueur, sans perspective de règlement.
- Lorsque les négociations échouent, en raison de l'inertie des représentants fédéraux ou d'une décision négative de leur part, le recours aux tribunaux est la seule autre avenue dont disposent les Premières Nations (exception faite de la Commission des revendications des Indiens).
- Après qu'un responsable fédéral chargé de l'application de la politique a rendu une décision à l'égard d'une revendication, les requérants n'ont pas le droit d'en appeler, ni le droit à une audience, ni le droit de présenter des observations ni celui d'obtenir une décision par une partie indépendante.

Les problèmes que posent les politiques existantes sont nombreux, et ces lacunes retardent immanquablement les progrès. Une mesure a été prise, en 1991, afin de remédier à certains de ces problèmes, on a créé la Commission des revendications des Indiens.

COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

En 1990, au lendemain de la crise d'Oka, le ministre des Affaires indiennes a rencontré 20 dirigeants des Premières Nations pour discuter de l'amélioration du mécanisme de règlement des revendications particulières. Les chefs présents ont proposé la création d'un groupe de travail composé de certains d'entre eux. Ce groupe a pris le nom de Comité des chefs sur les revendications. En décembre 1990, ce comité a présenté au Ministre un rapport contenant plusieurs recommandations³⁷.

Parmi ces recommandations, il convient de signaler celle voulant que le gouvernement fédéral élimine la distinction arbitraire faite actuellement entre les revendications territoriales globales et particulières et crée, de concert avec les Premières Nations, un mécanisme indépendant de règlement des revendications.

Le gouvernement fédéral a fait abstraction de la plupart des recommandations présentées en décembre 1990. C'est ainsi que, en avril 1991, il a, de manière unilatérale, pris certaines mesures touchant les revendications particulières, notamment la création de la Commission des revendications des Indiens. Celle-ci s'est vue confier le mandat d'examiner les différends entre les requérants et le gouvernement fédéral et de se prononcer, à la lumière de la politique existante, sur l'existence d'obligations légales et sur le caractère approprié des critères applicables aux indemnités. Même si la Commission pouvait mener des enquêtes à propos des différends, elle n'avait toutefois que le pouvoir de formuler des recommandations au gouvernement au terme de son enquête. En outre, la Commission avait également pour mission d'agir comme médiateur, lorsque les deux parties y consentaient. Après modification, en 1992, du décret la constituant, la Commission a commencé à examiner des différends découlant de l'application de la politique des revendications particulières. Jusqu'à ce jour, elle a publié cinq rapports et reçu bon nombre d'autres demandes sollicitant son intervention.

Jusqu'à tout récemment, les commissaires étaient choisis de concert par les Premières Nations et le gouvernement fédéral. Le premier président, le juge Harry LaForme, a été choisi avec l'assentiment des dirigeants des Premières Nations. En 1992, six commissaires additionnels ont été nommés. Trois d'entre eux ont été choisis à partir d'une liste fournie au ministre des Affaires indiennes par l'Assemblée des Premières Nations. La Commission des revendications des Indiens était alors considérée comme une instance provisoire. Afin de revoir l'à-propos du mandat de la Commission, le ministre fédéral des Affaires indiennes et le chef national de l'Assemblée des Premières Nations ont établi, en vertu d'un protocole signé en 1992, le Groupe de travail mixte des Premières Nations et du gouvernement

³⁷ *Présentation des Premières Nations* (voir la note 21).

sur la politique et le processus des revendications particulières (le «Groupe de travail mixte»). Le Groupe de travail avait pour but d'examiner le fonctionnement de la Commission des revendications des Indiens ainsi que la possibilité de créer une commission des revendications indépendante et d'apporter des améliorations ou modifications à la politique des revendications particulières. Le mandat du Groupe de travail mixte a pris fin en juillet 1993. Cependant, après 13 séances, aucun rapport final ne fut préparé³⁸. Les résultats (ou plutôt l'absence de résultats) des délibérations du Groupe de travail mixte devraient être pris en considération lorsqu'on envisagera de réviser la politique des revendications. D'ailleurs, deux leçons importantes se dégagent de cette expérience. Premièrement, le maintien de la distinction arbitraire entre revendications particulières et revendications globales ne fera qu'embourber le processus. Fort heureusement, le Parti libéral du Canada propose, dans sa plate-forme, d'abandonner cette distinction. Deuxièmement, un groupe de travail composé de chefs des Premières Nations et de fonctionnaires fédéraux ne donnera aucun résultat si les dirigeants politiques du gouvernement fédéral n'y participent pas de façon importante.

Les fonctionnaires fédéraux participant au Groupe de travail mixte ont fait preuve d'un conservatisme stupéfiant en ce qui concerne la révision de la politique des revendications particulières et n'ont cessé de répéter qu'ils n'avaient pas reçu d'instruction ou de mandat en ce sens. Il ressort des comptes rendus des réunions du Groupe de travail mixte que les fonctionnaires fédéraux désignés pour participer aux travaux du Groupe étaient peu sensibles à la notion d'équité procédurale ou à l'idée de modifier la politique, et affichaient peu de sympathie à l'égard des droits des Premières Nations relatifs aux terres et aux ressources naturelles. À la demande du Groupe de travail, une partie indépendante a préparé un projet de rapport faisant état de recommandations proposant l'établissement d'une nouvelle politique et d'un nouveau mécanisme. Toutefois, il suffit de regarder rapidement ce projet de rapport pour constater que les fonctionnaires fédéraux ont soulevé de nombreuses objections à l'égard des propositions de réforme et que les parties ont laissé, au terme de leur bref mandat, un grand nombre de questions sans réponse³⁹.

Malgré les limites actuelles de son mandat, la Commission des revendications des Indiens s'est néanmoins révélée remarquablement efficace. En effet, elle a contribué à la réouverture des négociations à l'égard de six revendications. De plus, elle a offert aux représentants fédéraux de la formation sur la médiation et la négociation en contexte interculturel, formation qui aurait dû être donnée depuis longtemps et qu'a offert avec brio le personnel autochtone spécialisé que la Commission des revendications des Indiens a recruté⁴⁰. La Commission a en outre produit jusqu'ici sept rapports d'enquête et formulé

³⁸ D'après le protocole signé le 22 juillet 1992, qui a pris fin en juillet 1993, après que certaines modifications eurent été apportées au décret établissant la Commission des revendications des Indiens.

³⁹ *Projet de recommandation rédigé par une partie neutre.*

⁴⁰ Voir M. Dockstator, *A Comprehensive Framework of Understanding: Explaining Contemporary Developments in Dispute Resolution in a Comparative Context of Land Claims*, Commission des revendications des Indiens, le 19 avril 1994.

des recommandations au Ministre⁴¹. La Commission mène actuellement 13 enquêtes; 5 autres enquêtes feront bientôt l'objet d'un rapport complet. Outre les revendications inactives, la Commission examine 16 autres revendications afin de décider si une enquête devra être menée; 16 dossiers sont également entre les mains de médiateur.

Même si elle n'existe que depuis quelques années seulement, la Commission a déjà su faire montre de neutralité, d'équité et d'expertise à l'égard des questions touchant les revendications. Les enquêtes réalisées jusqu'à présent ont été menées au sein même des collectivités requérantes et, grâce à une attitude plus ouverte à l'égard des témoignages de vive voix, les anciens, notamment, ont pu faire connaître leurs vues sur la revendication sans être limités par les contraintes de la règle du oui-dire. Il s'agit d'une des réalisations les plus impressionnantes de la Commission. Comme elle signalait dans son premier rapport annuel :

Dès le départ, la Commission concentre ses efforts sur la recherche, la médiation et la liaison. Sans cesse préoccupée de trouver l'information historique pertinente, elle recourt à cet égard à l'aide de spécialistes pour évaluer les déclarations verbales et écrites qui se rapportent aux traités. Elle accorde aussi une importance particulière à la dimension interculturelle du processus, d'où son choix de privilégier la médiation qui, en plus de respecter les valeurs traditionnelles et culturelles des requérants, permet d'éviter les violentes confrontations que l'on observe souvent dans un tribunal. Dans chaque dossier, la Commission assure la liaison entre les Premières Nations et le gouvernement⁴².

Le ministre des Affaires indiennes n'a pas donné suite à tous les rapports présentés au Ministère, et cette inaction a eu pour effet de nuire à l'efficacité de la Commission des revendications des Indiens. De fait, les retards incessants ou l'absence de mesures pourraient éroder la crédibilité que la Commission s'est efforcée d'établir⁴³. Dans son premier rapport annuel, la Commission a proposé cinq légères modifications à son mandat et à la politique. Parmi ces propositions, mentionnons un protocole indiquant que les partis ont 60 jours pour réagir à un rapport d'enquête, la reconnaissance par le gouvernement de l'importance de recourir tôt à la médiation pour éviter la tenue d'une longue enquête, la participation du gouvernement aux séances de planification afin d'examiner les possibilités

⁴¹ *Rapport sur le polygone de tir aérien de Primrose Lake. Enquête sur le rejet de la revendication présentée par les Premières Nations de Cold Lake et la Nation crie du Canoe Lake*, C.R.I., août 1993; *Enquête relative aux Denesuline d'Athabasca concernant les revendications soumises par les Premières Nations du Fond du Lac, du lac La Hache et du lac Noir*, C.R.I., décembre 1993; *Enquête sur la revendication de la bande indienne Lax Kw'adaams*, C.R.I., juin 1994; *Enquête relative à la revendication soumise par les Young Chipewayan à l'égard de la réserve indienne n° 107 de Stoney Knoll*, C.R.I., décembre 1994; *Rapport d'enquête sur la revendication soumise par la Première Nation micmaque de Gesgapegiag à l'égard de l'île du Cheval*, C.R.I., décembre 1994; *Rapport d'enquête sur la revendication soumise par la bande indienne des Chipewyas de la Thames à l'égard du village de Muncey*, C.R.I., décembre 1994; *Enquête sur la revendication de la bande de Sumas*, C.R.I., février 1995.

⁴² *Rapport annuel* (voir la note 11), p. 10.

⁴³ La Commission a une stratégie de communication impressionnante et elle a distribué largement de l'information au sujet de son mandat et du processus de revendications.

de recours à la médiation, la reconnaissance par les ministères du mandat de la Commission et, enfin, la production plus rapide par ceux-ci des documents demandés.

Il semble que des réformes plus importantes seront nécessaires pour que la Commission devienne un organisme totalement indépendant et fonctionnel de règlement des différends touchant les revendications. Le fait que le mécanisme de nomination des commissaires soit contrôlé par le gouvernement a pour effet de mettre en doute l'indépendance de la Commission. Nous examinerons plus loin le besoin d'apporter des modifications à cet égard. Même si le fait que la Commission a été établie en vertu d'un décret compromet l'indépendance de celle-ci, il convient de signaler que les commissaires ont su donner beaucoup de crédibilité à la Commission au cours de ses deux premières années d'existence.

DÉFIS INSTITUTIONNELS ET BUREAUCRATIQUES

La réforme présente des défis considérables. Il faudra donc faire preuve de beaucoup de souplesse et d'une détermination politique indéfectible pour faire en sorte que les promesses qui ont été faites soient non seulement respectées, mais qu'elles le soient dans les meilleurs délais. En effet, même si le Parti libéral est au pouvoir depuis plus d'un an déjà, aucun progrès n'a encore été accompli sur ce point. Un problème particulier, qui n'a pas été mentionné dans la plate-forme du Parti libéral du Canada, et dont on fait rarement état dans la littérature sur les revendications, est le fait que les rapports entre les Premières Nations et le gouvernement, et principalement l'organe administratif du gouvernement (MAINC), sont à l'heure actuelle particulièrement empreintes d'antagonisme. Dans de telles circonstances, il devient difficile d'introduire de nouvelles méthodes de règlement des différends. Afin d'éliminer ce climat de confrontation et d'hostilité, il est essentiel de s'inspirer des mesures originales prises par la Commission en matière de médiation en contexte interculturel. De fait, bon nombre des recommandations formulées par la Commission des revendications des Indiens dans son premier rapport annuel portent sur l'attitude de la bureaucratie : l'incapacité des représentants du gouvernement de traiter les questions avec sérieux, d'assister aux réunions, d'envisager la médiation et de produire sans tarder les documents demandés.

Le fait que les politiques relatives au règlement des revendications territoriales n'aient jamais été sensibles à l'aspect interculturel des négociations est, pourrait-on prétendre, à l'origine de ce climat d'hostilité et de confrontation. On doit corriger cette lacune en révisant les politiques et les mécanismes en cause. Les mécanismes de négociation, de médiation et d'arbitrage, et même le système judiciaire, n'ont pas été établis de manière à tenir compte de cet aspect interculturel lorsque surgissent des différends entre le gouvernement et des Premières Nations. D'ailleurs, le système judiciaire a fait l'objet de sévères critiques à cet égard⁴⁴.

⁴⁴ Voir Henderson, James Youngblood, «Aboriginal Rights in Western Legal Tradition» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985; et Sheila L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 30.

L'élimination de l'attitude antagoniste de la bureaucratie est un défi de taille qu'il faudra relever dans toute tentative de révision des politiques et mécanismes liés aux revendications territoriales. Pour changer ce climat de confrontation et de méfiance, il faudra donner à tous ceux qui travaillent dans le domaine des cours intensifs de sensibilisation et de recyclage. Voilà une raison supplémentaire d'établir des mécanismes de règlement des revendications jouissant d'une indépendance accrue vis-à-vis du gouvernement et reflétant les attitudes des Autochtones ainsi que celles des non-Autochtones en matière de règlement des différends. À moins d'établir des mécanismes indépendants du gouvernement et de faire en sorte que les intervenants soient réceptifs aux approches autochtones en matière de règlement des différends, nous courons le risque de nous replier dans une politique qui a eu pour effet de réduire à la confrontation et à l'hostilité les rapports entre les Premières Nations et le gouvernement. Ce défi gigantesque, qui devrait guider tous les efforts, peut néanmoins être relevé si l'on sait faire en sorte que la mise en oeuvre des modifications prévues par la plate-forme libérale soit le fruit d'efforts conjoints des dirigeants politiques des Premières Nations et du gouvernement.

PRINCIPE DIRECTEUR DE LA RÉFORME RESPECT INTÉGRAL DES OBLIGATIONS DE FIDUCIAIRE DE LA COURONNE

En ce qui concerne la réforme de la politique des revendications territoriales, il ressort des efforts déployés jusqu'ici en ce sens que, sans un engagement clair des politiciens en faveur de l'établissement d'une nouvelle approche, la confrontation et les débats sur des questions d'ordre juridique ont tôt fait d'éclipser la discussion des propositions de réforme. Il semble que la plate-forme du Parti libéral fournisse l'ingrédient qui manquait jusqu'à maintenant, à savoir l'engagement des politiciens. Cet engagement en faveur de l'autonomie gouvernementale, de l'établissement d'une commission des revendications indépendante, de l'élimination des deux catégories de revendications et du rejet de la notion d'extinction devrait permettre de réaliser des progrès rapides. Bon nombre de Premières Nations requérantes critiquent à la fois la procédure et le fond des politiques actuelles en matière de revendications et leur reprochent d'être incompatibles avec les obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral à l'égard des Indiens. La notion d'obligations de fiduciaire⁴⁵ est une question relativement nouvelle dans le cadre des différends d'ordre juridique entre le gouvernement et les Premières Nations. Son élaboration ainsi que son application aux rapports entre les Premières Nations et la Couronne découle d'actions en justice intentées en raison du traitement réservé à certaines revendications particulières. Le fait que les intéressés ne saisissaient pas parfaitement la nature et la

⁴⁵ En plus d'y décrire le caractère fiduciaire des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, nous examinerons dans le présent document les principes découlant des obligations particulières qui incombent aux fiduciaires. Ces principes sont importants en raison de leur spécificité et des indications qu'ils peuvent fournir quant à la procédure de règlement des revendications. Depuis 1984, moment où l'arrêt *Guerin* a été rendu par la Cour suprême du Canada, les textes de doctrine concernant les obligations de fiduciaire ont augmenté de façon considérable. Voir par exemple: Richard Bartlett, «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53, Sask. L.R., 302; Richard Bartlett, «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*», (1984-1985) 49 Sask. L.R. 367; W.I.C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginnings», (1990) 15 Queen's L.J. 217; M. Bryant, «Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duties: The Phantom of Fiduciary Law», (1993) 27 U.B.C.L.Rev. 19; D. Paul Emond, «Case Comment: *Guerin v. R.*», (1986) 20 E.T.R. 61; John Hurley, «The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*», (1985) 30 McGill L.J. 559; Ralph W. Johnson, «Fragile Gains: Two Centuries of Canadian and United States Policy Toward Indians», (1991) 66 Wash. L.R. 643; Darlene M. Johnston, «A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples», (1986) 18 Ottawa L.R. 307; P. Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination», (1991) 36 McGill L.J. 382; William R. McMurtry et Alan Pratt, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective», (1986) 3 C.N.L.R. 19; Wilson A. McTavish, «Fiduciary Duties of The Crown in Right of Ontario», (1991) 25 Law Soc. Gaz. 181; Brian Slattey, «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 Can. Bar Rev. 727; Donovan W.M. Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience» dans T.G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1989.

portée des obligations de fiduciaire du gouvernement fédéral, c'est-à-dire le devoir important qu'a celui-ci d'agir dans l'intérêt des Premières Nations, s'est révélée la lacune la plus criante du processus des revendications.

Quelles sont ces obligations de fiduciaire, et comment devraient-elles orienter l'élaboration et la mise en oeuvre d'un nouveau processus des revendications? Bryant a dit ce qui suit à cet égard :

[Traduction]

En faisant appel aux principes du droit des obligations de fiduciaire pour régir les rapports entre la Couronne et les Autochtones et en intégrant ces principes aux garanties offertes par la Constitution, la Cour suprême du Canada a adopté le moyen le plus efficace et le plus contraignant offert par le droit existant pour assurer la justice dans le domaine des droits ancestraux. Actuellement, il n'existe, ni en droit ni en *equity*, aucun autre mécanisme pratique offrant autant de souplesse et une portée aussi vaste – du moins en ce qui concerne les rapports *sui generis* que la Couronne entretient avec les peuples autochtones⁴⁶.

Étant donné que nous savons déjà que le système judiciaire ne reflète pas la culture et les valeurs des Premières Nations, nous devrions, par mesure de précaution, nous garder d'appliquer sans réserve quelque notion juridique. En effet, en ne faisant de place qu'aux principes juridiques canadiens, nous courons le risque d'imposer une vision unidimensionnelle du fonctionnement du processus des revendications. D'ailleurs, la notion d'obligations de fiduciaire a été introduite notamment pour corriger le déséquilibre dans le rapport de forces entre les parties et pour faire en sorte que la Couronne se conduise avec honneur et équité. Cette notion a ainsi pour effet de garantir le respect des droits des Premières Nations. Si la notion d'obligations de fiduciaire a été définie dans la jurisprudence touchant les droits ancestraux et issus de traités, c'est précisément parce que l'État a l'obligation légale et constitutionnelle de ne pas porter atteinte aux droits des Premières Nations. Voici les propos qu'a tenus la Cour suprême du Canada à cet égard dans *Sparrow* :

[...] l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable⁴⁷.

Il n'est peut-être pas inutile de faire l'historique des règles de droit concernant les obligations de fiduciaire, même si ces principes ont été établis par le système judiciaire canadien sans tenir compte des valeurs et de la culture des Premières Nations. Les principes qui ont été élaborés en matière d'obligations de fiduciaire devraient tout au moins être

⁴⁶ M. Bryant, «Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duties: The Phantom of Fiduciary Law» (voir la note 44), p. 20.

⁴⁷ R. c. *Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1114.

pris en considération dans les discussions touchant la mise en oeuvre de la réforme du processus des revendications. Jusqu'en 1984, il existait une certaine incertitude quant à la nature des rapports entre la Couronne et les Premières Nations, et ce, tant du point de vue légal que constitutionnel. Les Premières Nations avaient bien leur interprétation de la nature des obligations de la Couronne, particulièrement en ce qui a trait aux traités et aux terres non cédées, mais il leur était difficile de faire contrôler par les tribunaux le comportement de la Couronne. En effet, toute la question du statut légal et constitutionnel des droits des Premières Nations était considéré comme une question relevant au pouvoir politique plutôt que des tribunaux. Depuis 1984, cette interprétation a été revue du tout au tout. En effet, on considère maintenant que la Couronne a envers les Premières Nations des responsabilités assimilables à celles d'un fiduciaire. Il s'agit d'un changement fondamental, car les politiques concernant les revendications territoriales n'ont pas suivi cette évolution.

La notion de responsabilités de fiduciaire est bien connue en droit canadien, et sa nature et sa pertinence dans le cadre des rapports entre la Couronne et les Premières Nations sont maintenant solidement établies. Dans plusieurs des premières décisions sur la question, les tribunaux ont reconnu que la Couronne avait des responsabilités légales à l'endroit des Premières Nations⁴⁸. En outre, dans certains jugements, on a aussi reconnu, en remarques incidentes, que la Couronne était tenue de remplir les promesses qu'elle avait faites aux Premières Nations. Comme sa responsabilité à l'égard de son incapacité de tenir de telles promesses n'était pas une question en litige dans les premières décisions, la nature exacte de cette obligation est demeurée inexplorée⁴⁹.

Certains auteurs ont prétendu, après examen des premières décisions sur la question, que, avant 1984, on estimait que la responsabilité de la Couronne envers les Premières Nations n'emportait que des obligations de nature politique [Traduction] «dans l'exécution desquelles la Couronne ne doit pas être assujettie au pouvoir de contrôle des tribunaux»⁵⁰. D'aucuns affirmeront qu'il s'agissait d'une interprétation erronée des obligations de la Couronne, particulièrement à la lumière de la *Proclamation royale* de 1763, mais il n'en reste pas moins que c'est l'interprétation que donnaient les tribunaux avant 1984. À cet égard, l'arrêt *Guerin. c. La Reine*⁵¹ s'est révélé un point tournant. La Cour suprême du Canada s'est écartée de l'approche fondée sur la notion de «fiducie politique» et a plutôt reconnu que la Couronne avait envers les «Indiens» une obligation de fiduciaire dont ceux-ci pouvaient demander l'exécution devant les tribunaux⁵².

⁴⁸ Richard H. Bartlett, «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53 Sask. L.R. 302.

⁴⁹ *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554.

⁵⁰ Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience» dans T.G. Youdan (voir la note 10), p. 413. Waters cite ce que disait le juge Taschereau dans *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. R.* (1887), 13 R.C.S. 577, p. 649, confirmé à (1888), 14 A.C. 46 (C.P.).

⁵¹ [1984] 2 R.C.S. 335.

⁵² Il est important de noter que l'arrêt *Guerin* avait trait à une situation de fait concernant les «Indiens» et les «bandes indiennes», selon la définition de la *Loi sur les Indiens*. La question de savoir si l'obligation de fiduciaire judiciairement exécutoire s'étendait aux Inuit et aux Métis, voire même aux «Indiens» non inscrits, n'a pas été touchée. Dans ce domaine, on en est au stade des spéculations.

Malgré *Guerin*, la nature des rapports de fiduciaire entre la Couronne et les Premières Nations se précise au fur et à mesure des décisions des tribunaux sur la question. Même si, dans de nombreuses actions en justice découlant de revendications, on allègue la violation d'obligations de fiduciaire⁵³, peu de ces actions sont rendues à l'étape du délibéré et de la décision. Il ne fait aucun doute que bon nombre d'obligations de fiduciaire dont l'existence n'a pas encore été découverte jusqu'ici seront précisées au cours des prochaines années. Dans toute analyse de la politique des revendications, il convient d'examiner les questions touchant les rapports de fiduciaire d'un point de vue prospectif, plutôt que de s'en tenir aux normes et critères juridiques définis jusqu'ici par les tribunaux⁵⁴. Un virage fondamental est en cours actuellement, comme en témoigne clairement l'arrêt constitutionnel déterminant sur la question des droits ancestraux, *R. c. Sparrow*⁵⁵.

Pour bien comprendre chacune des dimensions des obligations de fiduciaire de la Couronne, il n'est pas essentiel de se reporter à la jurisprudence, et les Premières Nations ne devraient pas être tenues de s'adresser aux tribunaux chaque fois qu'il y aurait eu violation d'une responsabilité de fiduciaire. Dans *Guerin* et *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a énoncé certains principes généraux qui peuvent être utilisés pour apprécier le comportement de la Couronne dans ses rapports avec les Premières Nations⁵⁶. Ces principes généraux devraient être appliqués de façon généreuse dans l'examen de la conduite de la Couronne dans l'ensemble de ses rapports avec les Premières Nations, particulièrement dans le domaine des revendications. Il ressort clairement de l'examen des principes et des règles du droit concernant les obligations de fiduciaires, dans le contexte des rapports qu'entretient la Couronne avec les Premières Nations, que la théorie des responsabilités de fiduciaire de la Couronne est, aujourd'hui, l'une des doctrines constitutionnelles les plus importantes au Canada.

La notion de responsabilité de fiduciaire a été constitutionnalisée dans *Sparrow* et, même s'il ne fait aucun doute qu'elle fera l'objet de précisions supplémentaires, ses répercussions en ce qui a trait à la réforme du mécanisme de règlement des revendications territoriales ne sont rien de moins que phénoménales. En effet, les tribunaux disposent désormais d'un ensemble de principes fondés sur le droit des fiducies pour apprécier les dispositions législatives et les actions du gouvernement concernant les Premières Nations. En droit canadien ainsi qu'en *equity*, la raison d'être du principe des rapports de fiduciaire est relativement simple. Comme l'indique Finn, [Traduction] «le droit des fiducies vise à

⁵³ Waters, par exemple, estime que, à la seule Cour fédérale, plus de 300 brefs ont été déposés antérieurement à 1989. Donovan W.M. Waters, «New Directions in the Employment of Equitable Doctrines: The Canadian Experience» (voir la note 44), p. 420.

⁵⁴ Le caractère non exhaustif des obligations de fiduciaire découle de la souplesse intrinsèque de cette doctrine. En effet, de telles obligations naissent dans certaines circonstances précises et ne figurent pas dans des catégories toutes faites. Voir L. Rotman, *Fiduciary Duties and The Honour of the Crown*, Thèse de maîtrise en droit, Osgoode Hall Law School, 1994.

⁵⁵ [1990] 1 R.C.S. 1075.

⁵⁶ Voir aussi l'arrêt *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29, qui a énoncé des règles d'interprétation préférentielles en faveur du sens donné par les Indiens aux lois et aux traités. Cette approche a été étendue au domaine fiduciaire: *R. v. Vincent* [1993] 2 C.N.L.R. 165 (C.A. Ont.).

imposer des normes de conduite acceptable à une partie au profit d'une autre, lorsque la première a la responsabilité de préserver les intérêts de la seconde⁵⁷. Ces normes de conduite acceptables sont imposées au fiduciaire pour bien délimiter l'utilisation qu'il peut faire des pouvoirs et des possibilités que lui confère sa position et pour faire en sorte qu'il agisse au nom de son mandant et dans l'intérêt de celui-ci.

Les normes de conduite rigoureuses auxquelles sont assujettis, en droit canadien, les fiduciaires découlent de la reconnaissance par le droit que, de par la nature des rapports de fiduciaire, dans le cadre de tels rapports, [Traduction] «une partie est à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre»⁵⁸. À l'instar des catégories de négligence, les catégories de rapports de fiduciaire sont considérées comme non exhaustives et dynamiques. Les rapports de fiduciaire ont pris naissance par suite de la subordination des droits fonciers des Premières Nations au titre de propriété dont on a dit, dans *Guerin*, qu'il était finalement détenu par la Couronne. Même s'il s'agit là d'un aspect troublant du droit relatif aux obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations⁵⁹, cette difficulté pourrait néanmoins être surmontée si les tribunaux examinaient, même si ce n'est pas d'un oeil critique, la présomption selon laquelle c'est la Couronne qui détient en bout de ligne le titre de propriété. Aux États-Unis, on considère que la notion de responsabilité de fiduciaire s'inscrit dans un cadre excluant toute structure hiérarchique. D'ailleurs, même le droit canadien n'exige pas, pour qu'il y ait rapports de fiduciaire, l'existence d'une situation de vulnérabilité ou de subordination d'une des parties par rapport à l'autre⁶⁰. Il s'agit non pas d'une situation de tutelle, mais bien d'un ensemble de principes élaborés pour protéger des parties dont les intérêts sont vulnérables aux décisions d'une partie disposant de pouvoirs plus grands⁶¹.

L'arrêt qui fait autorité en matière de responsabilités de fiduciaire est *Guerin*. Dans cet arrêt, la bande indienne Musqueam alléguait que le gouvernement fédéral avait manqué à ses responsabilités de fiduciaire en louant 162 acres de terres faisant partie de la réserve et qui avaient fait l'objet d'une cession. La bande avait consenti, à certaines conditions, à la cession et à la location des 162 acres de terre. Toutefois, le bail qui fut négocié par le MAINC ne correspondait pas aux conditions dont avait convenu la bande et était de

⁵⁷ P.D. Finn, «The Fiduciary Principle» dans T.G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (voir la note 45), p. 2.

⁵⁸ E. Weinrib, «The Fiduciary Obligation», (1975) 25 U.T.L.J. 1, 7.

⁵⁹ Comme le juge en chef Dickson l'a indiqué dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] RCS 85, p. 108 : «Ces rapports remontent avant la Confédération, lorsque des contacts ont été établis avec les premiers occupants des terres de l'Amérique du Nord (les peuples autochtones) et les colonisateurs européens (depuis 1763, la Couronne), et ce sont ces rapports entre les peuples autochtones et la Couronne qui sont à l'origine de l'obligation fiduciaire distincte de la Couronne».

⁶⁰ Même s'il est intéressant, ce débat dépasse toutefois notre propos. Qu'il suffise de dire que je ne considère pas que la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale signifierait la disparition des obligations de fiduciaire. On continuera de scruter les dispositions législatives fédérales et provinciales pour déterminer si elles portent atteinte de façon déraisonnable aux droits ancestraux et aux droits issus de traités protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La nature de cet examen pourra changer avec l'avènement de l'autonomie gouvernementale, mais le concept de fiduciaire demeurera.

⁶¹ Voir J. Singer, «Well Settled? The Increasing Weight of History in American Indian Land Claims», (1994) 28 Georgia L. Rev. 481.

plus assorti de certaines autres conditions qui n'avaient pas été communiquées à celle-ci. Le bail n'a été remis à la bande que 12 ans après sa signature. En première instance, le juge Collier a statué que la Couronne avait manqué à ses obligations de fiduciaire relativement aux terres cédées et il a accordé des dommages-intérêts de 10 millions de dollars. En appel, le juge Le Dain a infirmé cette décision, statuant que les responsabilités incombant à la Couronne en vertu de la *Loi sur les Indiens* ainsi que les conditions de la cession n'avaient pour effet que de créer une fiducie politique, dont l'exécution peut être demandée devant le Parlement, mais non devant les tribunaux. En dernier ressort, la Cour suprême du Canada a infirmé la décision de la Cour d'appel fédérale et rétabli le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance. Des trois juges de la Cour suprême qui ont rédigé des motifs au soutien de la décision de la Cour d'infirmation celle de la Cour d'appel fédérale, deux (les juges Wilson et Dickson) ont reconnu l'existence d'une obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens⁶².

Bien que les motifs du juge Dickson et ceux du juge Wilson présentent un certain nombre de similitudes, ils divergent néanmoins sur certains points importants. Pour bien comprendre la notion de rapports de fiduciaire, il faut donc analyser les motifs des deux juges. Comme il est généralement admis que la *ratio decidendi* de la décision de la Cour suprême dans *Guerin* se trouve dans les motifs du juge Dickson, nous les analyserons en premier, en regard de chaque élément pris en considération. Il est essentiel, pour bien saisir la théorie juridique de l'obligation de fiduciaire qui a été adoptée plus tard dans *Sparrow* et ainsi pouvoir formuler des hypothèses plus générales quant aux répercussions et au champ d'application de cette notion, de refaire le raisonnement des juges qui ont rédigé ces motifs dans l'arrêt *Guerin*. Selon les motifs du juge Dickson (auxquels ont souscrit les juges Beetz, Chouinard et Lamer), les rapports de fiduciaire de la Couronne reposent sur deux fondements. Toutefois, ces motifs sont plutôt ambigus en ce qui concerne la nature exacte de ces deux fondements. Alors qu'il accepte clairement comme l'un des fondements de l'obligation de fiduciaire la nature unique du titre de propriété des Indiens, il propose, dans différents passages de ses motifs, trois possibilités comme second fondement : les dispositions législatives régissant l'aliénation des terres des Indiens, l'obligation de cession découlant de la nature du titre de propriété des Indiens et, enfin, les pouvoirs discrétionnaires que le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* confère à la Couronne en ce qui a trait à la gestion et à l'aliénation des terres faisant partie des réserves. Même si on a souligné l'importance des pouvoirs discrétionnaires comme fondement de l'obligation de fiduciaire⁶³, dans la plupart des commentaires savants rédigés à l'égard des motifs du juge Dickson et d'autres arrêts sur la question, on considère généralement que

⁶² Le juge Estey a fondé sa décision sur la notion de mandat. Dans l'esprit de la plupart des analystes, cependant, cette perception fait abstraction des liens historiques qui, en ce qui concerne les terres des réserves, unissent la Couronne et les Indiens. Richard H. Bartlett, «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*» (voir la note 45), p. 367.

⁶³ William R. McMurtry et Alan Pratt, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective», (1986) 3 C.N.L.R. 19.

l'obligation de cession est le deuxième fondement essentiel de l'obligation de fiduciaire⁶⁴. En règle générale, on estime que la *ratio decidendi* des motifs du juge Dickson est qu'une obligation de fiduciaire ne naît que s'il y a cession de terres faisant partie d'une réserve indienne.

S'exprimant, dans *Guerin*, au nom des juges Ritchie et McIntyre, le juge Wilson déclare également que cette obligation tire son origine du titre aborigène [ancestral] et des pouvoirs et responsabilités exercés historiquement par la Couronne pour protéger ce titre. Le juge a de plus indiqué que le paragraphe 18(1) de la *Loi sur Indiens* ne crée pas cette responsabilité, mais a uniquement pour effet d'en reconnaître l'existence. La Couronne détient les terres faisant partie des réserves dans les limites de l'obligation de fiduciaire qui lui incombe à leur égard, et qui consiste à protéger et à préserver les droits de la bande visée sur ces terres. Contrairement au juge Dickson, le juge Wilson est disposée à conclure que l'obligation de fiduciaire de la Couronne *existe avant la cession* et qu'elle se cristallise, au moment de la cession, en une fiducie explicite.

Le juge Dickson qualifie de *sui generis* l'obligation qui naît de la cession des terres. Comme la plupart des autres droits des Premières Nations fondés sur la *common law*, qu'il s'agisse du titre ancestral ou des droits issus de traités, les obligations de fiduciaire dont sont créancières les Premières Nations introduisent des notions particulières au droit des fiducies. Le juge Dickson (tel était alors son titre) établit des parallèles utiles avec le droit des fiducies et le droit du mandat. Fait des plus instructif, le juge Dickson affirme que, même si l'obligation de fiduciaire ne constitue pas une fiducie, une telle obligation est néanmoins, de par sa nature même, «semblable à une fiducie», en plus d'être soumise à des principes «très semblables» à ceux qui régissent le droit des fiducies. En règle générale, on peut dire que le fiduciaire a l'obligation de faire preuve de la «loyauté la plus absolue» envers son commettant. Pour sa part, le juge Wilson affirme que, avant la cession des terres visées, la Couronne a l'obligation de protéger et de préserver les droits de la bande sur ces terres contre l'extinction ou l'empiétement.

L'arrêt *Guerin* portait sur la violation par la Couronne fédérale de normes auxquelles sont tenus les fiduciaires. Dans cette affaire, la Cour ne s'est pas penchée sur la question de savoir si de telles obligations incombent à la Couronne provinciale, aux sociétés d'État ou à d'autres émanations de la Couronne. Étant donné que, au Canada, la Couronne est divisible, et qu'elle a des incarnations à l'échelle fédérale et à l'échelle provinciale, il est possible de prétendre que la Couronne provinciale assume également des obligations de fiduciaire. Comme le souligne le professeur Slattery :

{Traduction}

La redistribution des droits et pouvoirs constitutionnels au moment de la Confédération n'a pas eu pour effet de réduire l'ensemble des obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations. Au contraire, ces obligations ont suivi les divers droits et pouvoirs

⁶⁴ John Hurley, «The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*», (1985) 30 McGill L.J. 559; Darlene M. Johnston, «A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples», (1986) 18 Ottawa L.R. 307.

auxquels elles se rattachent entre les mains de ceux qui en sont devenus les titulaires à Ottawa ou dans les capitales provinciales⁶⁵.

Alan Pratt souscrit à ce point de vue :

[Traduction]

Chaque ordre de gouvernement a, en vertu de la Constitution, un rôle et des responsabilités qui lui sont propres. [...] Toutefois, les deux ordres de gouvernement ont le devoir de sauvegarder l'honneur de la Couronne, ce qui veut sûrement dire, à tout le moins, que les peuples autochtones – que la Couronne, dans toutes ses émanations, est tenue de protéger et d'aider à s'épanouir – ne doivent pas cesser d'être créanciers de cette obligation du seul fait de l'incertitude quant aux compétences fédérales et provinciales⁶⁶.

Même s'il s'agit nettement d'un arrêt déterminant et d'une dérogation importante à la doctrine de la fiducie politique, la Cour suprême du Canada a néanmoins laissé un certain nombre de questions sans réponse dans *Guerin*. Par exemple, l'obligation de fiduciaire vise-t-elle uniquement les terres faisant partie des réserves, ou s'applique-t-elle à toutes les terres des Indiens? Le langage utilisé dans les motifs des juges Dickson et Wilson appuient solidement la thèse selon laquelle l'obligation de fiduciaire s'applique à toutes les terres des Indiens et non seulement aux terres faisant partie des réserves. D'ailleurs, des décisions subséquentes appuient l'application de cette obligation à toutes les terres indiennes.

Premièrement, selon le juge Dickson, le droit des Indiens sur des terres est le même, qu'il s'agisse du droit sur des terres faisant partie d'une réserve ou d'un titre aborigène [ancestral] non reconnu sur des terres tribales traditionnelles⁶⁷. Deuxièmement, si l'obligation de la Couronne a d'abord été reconnue dans la *Proclamation royale*⁶⁸, il est alors permis de présumer qu'elle continue de s'appliquer à toutes les terres visées par la *Proclamation royale*, à la condition, bien entendu, que les droits des Indiens n'aient pas été éteints⁶⁹. Troisièmement, il n'existe aucune raison concrète de ne pas étendre l'obligation à toutes les cessions de titres ancestraux, y compris celles faites conformément à un traité ou à un accord sur des revendications territoriales. Dans les deux cas, l'objectif visé est de faire en sorte que les avantages découlant de la cession de terres ancestrales échoient aux titulaires du titre ancestral.

La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il n'existe pas de distinction importante entre la cession de terres faisant partie de réserves et la cession de terres visées par un titre ancestral. Dans *Canadien Pacifique Ltée c. Pau*⁷⁰, par exemple, la Cour a affirmé, dans une

⁶⁵ Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992) 71 Can. Bar Rev. 261, p. 274.

⁶⁶ Alan Pratt, «Federalism in the Era of Aboriginal Self-Government», dans David C. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, Ottawa, Carleton University Press, 1989, p. 53.

⁶⁷ *Guerin* (voir la note 50), p. 379.

⁶⁸ Je suis d'avis que cela n'a pas créé de droits nouveaux, mais plutôt confirmé des droits anciens. Voir *R. v. Koonungnak*, [1963-1964] 45 WWR 282 (Cour terr.).

⁶⁹ Emond, «Case Comment» (voir la note 45), p. 71.

⁷⁰ [1988] 2 R.C.S. 654, p. 677.

remarque incidente très générale, que, «[d]ans l'arrêt *Guerin*,[...], la Cour a reconnu que la Couronne assume envers les Indiens une obligation de fiduciaire à l'égard des terres qu'elle détient pour eux.» De la même façon, dans *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*⁷¹, la Cour suprême du Canada a admis que l'exécution des conditions d'un traité donne naissance à des obligations de fiduciaire. De plus, dans *Bear Island*, il a été admis que le fait pour la Couronne de ne pas avoir veillé à ce que les promesses faites soient respectées constituait un manquement à ses obligations de fiduciaire. Même s'il est possible de prétendre que le principe de l'obligation de fiduciaire énoncé dans *Guerin* ne vise que la cession de terres faisant partie de réserves, il n'existe pas de raison évidente justifiant de ne pas appliquer ce principe à d'autres questions que la cession de terres et, de façon plus particulière, aux rapports entre les Indiens et la Couronne concernant autre chose que des terres. Toutefois, il était difficile de dire dans quelle mesure les tribunaux seraient disposés à élargir l'application de ce principe. La décision du juge McNair, dans *Mentuck c. Canada*⁷², par exemple, illustre bien la réticence initiale des tribunaux à appliquer le principe à des situations différentes de celle en cause dans *Guerin*.

Dans *Mentuck*, le demandeur quitta la réserve après avoir été amené à croire, par des représentants du ministère des Affaires indiennes, qu'il serait indemnisé de ses frais de déménagement et de réinstallation. Lorsque la Couronne a refusé de lui payer ces frais, *Mentuck* intenta des poursuites pour rupture de contrat ou, subsidiairement, pour violation des obligations de fiduciaire. En bout de ligne, le juge McNair a tranché en faveur de *Mentuck* et déclaré qu'il y avait eu rupture de contrat. Toutefois, relativement à l'allégation de violation des obligations de fiduciaire, le juge McNair a déclaré ce qui suit :

C'est une chose de dire que la position du demandeur à l'égard de la défenderesse est susceptible de créer un droit reconnu en *equity* en sa faveur, compte tenu des rapports particuliers existants entre les Indiens et la Couronne, et c'est une toute autre chose d'affirmer que, par sa nature même, cette position évoque automatiquement le droit concomitant relatif à l'obligation de fiduciaire. L'action intentée par le demandeur pour manquement aux obligations de fiduciaire au sens du principe établi dans l'affaire *Guerin* est tout à fait indéfendable⁷³.

Il est possible de prétendre que, même avant *Sparrow*, le champ d'application du principe de l'obligation de fiduciaire avait été élargi par le juge Wilson dans l'arrêt *Roberts c. Canada*⁷⁴, une affaire très différente de celle sur laquelle a statué le juge McNair dans *Mentuck*. L'affaire *Roberts* concernait un différend entre deux bandes relativement à l'utilisation et à l'occupation exclusives de terres faisant partie de réserves. La Cour suprême du Canada a été saisie d'une question préliminaire, soit celle de l'absence de compétence de la Cour fédérale. Statuant que la Cour fédérale avait effectivement compétence pour connaître de l'affaire, le juge Wilson a déclaré que les dispositions de la *Loi sur les Indiens*,

⁷¹ [1991] 2 R.C.S. 570.

⁷² [1986], 3 C.F. 249; (1986), 3 F.T.R. 80.

⁷³ *Mentuck* (voir la note 72), p. 266.

⁷⁴ *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.S.C. 322.

bien qu'elle ne crée pas les obligations qu'a la Couronne envers les Indiens, avait pour effet de codifier les obligations préexistantes de la Couronne à l'égard de ceux-ci⁷⁵. Cette décision a eu pour effet d'élargir de façon considérable le champ d'application des obligations de fiduciaire à bien d'autres aspects que la seule cession de terres.

Dans *Guerin*, la majorité des juges ont reconnu l'existence d'une obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations; il n'est pas certain que tous les éléments traditionnels du droit des fiducies se retrouvent dans les rapports *sui generis* qu'ont la Couronne et les Premières Nations. Il est possible de prétendre que tous les aspects traditionnels de la notion d'obligation de fiduciaire, au sens du droit privé, sont présents dans les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, en plus des éléments supplémentaires découlant de la nature et de l'histoire particulières de ces rapports. Le juge en chef MacEachern, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a affirmé, dans l'affaire *Delgamuukw*, que [Traduction] «[c]omme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaire sont exhaustives»⁷⁶. Les principes du droit des fiducies s'appliqueraient aux situations de conflit d'intérêts, question qui a été examinée par la Cour d'appel fédérale.

Dans *Kruger*, une des principales questions en litige était celle de savoir s'il y avait conflit entre le ministère des Affaires indiennes et le ministère des Transports sur la manière dont devaient être traités les occupants indiens de terres expropriées. Le juge Heald a conclu à l'existence d'un conflit d'intérêts évident. De l'avis du juge, un fiduciaire doit agir *exclusivement* au bénéfice de son commettant, sans tenir compte de ses propres intérêts. En conséquence, on ne pouvait reprocher à la Couronne fédérale «d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire envers les Indiens en invoquant l'existence de considérations incompatibles entre les différents ministères du gouvernement»⁷⁷. Le juge Heald a également statué que s'il y avait effectivement conflit d'intérêts, il incombait au fiduciaire de démontrer que son commettant avait agi en pleine connaissance de cause et qu'il avait à sa disposition tous les renseignements pertinents⁷⁸. Comme le fiduciaire ne s'était pas acquitté de ce fardeau, le juge a conclu qu'il y avait eu manquement de l'obligation de fiduciaire. Le juge Heald a toutefois poursuivi en statuant que l'action des demandeurs était prescrite par la loi.

Le juge Urie (aux motifs duquel a souscrit le juge Stone) a adopté un point de vue quelque peu différent. Considérant comme acquis que les règles régissant les conflits d'intérêts s'appliquaient aux fiduciaires, le juge Urie a statué qu'il n'y avait pas eu manquement eu égard au présumé conflit d'intérêts entre les deux ministères. Premièrement, le ministère des Affaires indiennes a vaillamment défendu les intérêts des Indiens, et son intervention a

⁷⁵ Voir la note 74, p. 337.

⁷⁶ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 5 CNLR 232, 233 (C.S. C.-B.).

⁷⁷ *Kruger et al. v. The Queen* (1985), 17 DLR (4th) 591, p. 608 (C.A.F.).

⁷⁸ La position formulée par le juge Heald a été retenue par le juge Addy dans l'affaire *Blueberry Indian River Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1987), 14 FTR 161, publiée aussi sous l'intitulé *Joseph Apsassin et al. v. The Queen*, [1988] 1 CNLR 73; et sous l'intitulé *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; cette affaire fait présentement l'objet d'un pourvoi en Cour suprême du Canada.

eu une incidence sur le montant de l'indemnité qui leur a été versée. Qui plus est, il faut également tenir compte des devoirs qu'ont les autres ministères envers le public canadien dans son ensemble, y compris les Indiens. Enfin, on a jugé que le ministère des Transports avait tenu compte de la valeur des terres pour les Indiens et leur avait divulgué toute l'information pertinente.

Il est difficile de dire s'il existe un écart important entre les positions respectives des deux juges. Par exemple, le juge Heald a déclaré qu'il aurait statué différemment s'il avait eu le sentiment que le gouverneur en conseil avait pris soigneusement en considération et apprécié à leur juste valeur les demandes du ministère des Affaires indiennes. Il a toutefois jugé que tel n'avait pas été le cas. En d'autres mots, le juge Heald et le juge Urie semblent en désaccord sur les faits et non sur le droit : en effet, ni l'un ni l'autre ne semblent être d'avis qu'il y a conflit d'intérêts chaque fois que plus d'un ministère est touché par une question concernant les peuples autochtones.

En règle générale, un fiduciaire est tenu de communiquer toute l'information pertinente à son commettant. L'importance que les tribunaux accordent à cette règle ressort clairement des arrêts *Guerin* et *Kruger*. Dans chaque cas, c'est en s'appuyant en partie sur ce fait que le tribunal a conclu qu'il y avait eu manquement à l'obligation des fiduciaires. Dans *Guerin*, par exemple, la bande n'avait pas été informée des modifications apportées aux conditions du bail. De même, dans *Kruger*, le juge Heald, qui a conclu à la violation des obligations de fiduciaire, a statué que la bande n'avait pas été informée de l'avis juridique formulé par le ministère de la Justice et selon lequel les terres indiennes pouvaient être expropriées. À la lumière des motifs des juges Wilson et Dickson dans l'arrêt *Guerin*, il semble également que la Couronne a l'obligation de consulter son commettant et de se conformer aux instructions qu'elle reçoit de ce dernier. Postérieurement à l'arrêt *Guerin*, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Sparrow*, une affaire concernant des mesures de conservation des ressources halieutiques, a elle aussi reconnu l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les Premières Nations. Cette obligation a également été reconnue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Skerryvore Ratepayers' Ass'n v. Shawanaga Indian Band*⁷⁹.

Un des aspects *sui generis* des rapports de fiduciaire entre la Couronne et les Premières Nations est peut-être l'obligation qu'a la première de fournir des fonds aux Premières Nations qui doivent participer à des actions en justice ou à d'autres procédures afin de défendre leurs intérêts. Dans l'affaire *Ominayak c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*⁸⁰, par exemple, les bandes indiennes participaient à des actions concernant les droits des demandeurs à certaines terres situées dans le nord de l'Alberta. Les bandes ont demandé à la Cour fédérale un jugement déclaratoire portant que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire de leur avancer de l'argent pour leur permettre de poursuivre les actions en justice qu'elles avaient intentées afin de protéger leurs droits ancestraux

⁷⁹ (1993), 16 OR (3d) 390 (C.A. Ont.) 400, citant Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, 681n.

⁸⁰ [1987] 3 C.F. 174; (1987) 11 FTR 75.

ou issus de traités. Elles ont également demandé une ordonnance de mandamus visant à contraindre le Ministre et Sa Majesté à leur verser les sommes demandées. La Cour a rejeté la demande de mandamus, mais elle a refusé de faire droit à la demande de radiation de la déclaration, puisque, à la lumière des principes énoncés dans les arrêts *Guerin* et *Kruger*, il pourrait être possible de conclure à l'existence d'une obligation générale de la part de la Couronne de fournir de tels fonds.

Bien que cette question n'ait pas encore été débattue complètement devant les tribunaux, il existe de solides arguments permettant d'affirmer que les traités créent pour les Couronnes fédérale et provinciales des obligations de fiduciaire très rigoureuses. Dans ses motifs dans l'arrêt *Sioui*, le juge Lamer y fait allusion, quoique dans une remarque incidente faut-il le reconnaître, que «[l]a définition même d'un traité rend ... inévitable la conclusion que l'extinction d'un traité ne peut survenir sans le consentement des Indiens impliqués»⁸¹. Par conséquent, toute mesure prise par la Couronne fédérale ou par la Couronne provinciale, ou même par une société d'État, qui porterait atteinte à des droits issus de traités pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, à moins que les autochtones n'aient consenti au préalable à la mesure en question. Il est possible d'affirmer que l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne de respecter les obligations qu'elle a prises dans les traités l'oblige à une adhésion et à une loyauté des plus strictes. Les descendants des signataires autochtones doivent consentir à toute dérogation aux conditions du traité. Dans le cas des traités numérotés conclus après la Confédération, les répercussions sur les droits issus de traités des conventions relatives aux transferts des ressources naturelles pourraient devoir être réexaminées sous cet éclairage.

La nature des obligations de fiduciaire de la Couronne a été élargie et constitutionnalisée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt qui a marqué un point tournant en la matière, *Sparrow*. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson et le juge LaForest, dans un jugement unanime de la Cour, ont formulé trois propositions justifiant la constitutionnalisation des obligations de fiduciaire de la Couronne à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

- (1) Le paragraphe 35(1) ... accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guerin* [...]⁸².
- (2) [L']arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* [...] justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doit être définie en fonction de ces rapports historiques⁸³.

⁸¹ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1063.

⁸² *Sparrow* (voir la note 47), p. 1108.

⁸³ *Ibid.*, p. 1108.

- (3) [L]’expression «reconnaissance et confirmation» comporte des rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l’exercice du pouvoir souverain⁸⁴.

Ces trois exposés novateurs de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Sparrow* ont pour effet d’élargir de manière considérable le champ d’application de la notion de rapports de fiduciaire, et ce, d’au moins trois façons différentes. De fait, W.I.C. Binnie, qui a représenté la Couronne dans cette affaire, a qualifié l’arrêt *Sparrow* de «prodigieux bond en avant»⁸⁵.

À la lumière du texte de l’arrêt *Sparrow*, l’obligation de fiduciaire a été constitutionnalisée au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a déclaré que la responsabilité d’agir en qualité de fiduciaire est un principe directeur général d’interprétation de l’article 35 – c’est-à-dire qu’il fait partie de l’article 35 lui-même, et qu’il n’est pas un «droit» ancestral. Il s’agit là d’un facteur important, puisque cela signifie que les requérants autochtones n’auront pas à établir, dans une action donnée, que l’obligation de fiduciaire est un «droit existant – ancestral ou issu de traité». Cela ne signifie pas pour autant que la nature ou le champ d’application spécifique de l’obligation de fiduciaire ne variera pas selon le contexte. Au contraire, il y aura certainement variation. Toutefois, la responsabilité générale d’agir en tant que fiduciaire fait partie de l’économie de l’article 35 et, par conséquent, du tissu de la Constitution du Canada.

En outre, le fait que, dans son exposé, la Cour ait affirmé que la Couronne a l’obligation d’agir «en qualité de fiduciaire» à l’égard des Premières Nations tend à indiquer qu’elle a cessé de limiter l’application de la notion de fiduciaire aux seules questions «territoriales», comme elle le faisait auparavant. Il semble que la Cour suprême du Canada a maintenant reconnu et constitutionnalisé une obligation générale de fiduciaire, obligation que doit respecter la Couronne dans l’ensemble de ses rapports avec les peuples autochtones. Il est possible de prétendre que cette obligation s’étend aux aspects de ses rapports qui concernent les politiques et le règlement des différends tout autant qu’à ses obligations en matière territoriale. Binnie, par exemple, prétend, en s’appuyant sur *Sparrow*, que la Cour suprême du Canada a clairement imposé cette obligation non seulement à la Couronne elle-même, mais également à l’exercice par celle-ci de son pouvoir de légiférer⁸⁶. Selon certains observateurs, le fait d’appliquer cette obligation à la fonction législative semble emporter pour les législatures l’obligation d’agir. De façon plus particulière, McTavish affirme que la Cour suprême du Canada a imposé l’obligation de négocier de bonne foi⁸⁷. Le devoir d’agir de bonne foi dans l’exécution de l’obligation de fiduciaire

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1109.

⁸⁵ Propos tenus devant un groupe de travail durant l’assemblée annuelle de l’*Indigenous Bar Association*, le 3 novembre 1991.

⁸⁶ Binnie, «The Sparrow Doctrine» (voir la note 45), p. 217. Toutefois il est possible que l’obligation de fiduciaire n’aille pas jusqu’à contraindre les législateurs d’édicter des lois à certains moments. Voir *Bruno v. Canada*, [1991] 2 CNLR 22 (C.F. 1^{re} inst.), publié également sous l’intitulé *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1991] 2 C.F. 3.

⁸⁷ McTavish, *Judiciary Duties of the Crown* (voir la note 45), p. 181.

(c'est-à-dire une obligation dont l'exécution peut être demandée aux tribunaux) doit être respecté dans la politique fédérale sur les revendications territoriales.

Selon l'interprétation qu'a faite de l'article 35 la Cour suprême du Canada, il faut, en présence d'une obligation de fiduciaire, se demander si les limites imposées aux droits ancestraux ou issus de traités sont déraisonnables, si elles sont indûment rigoureuses et si elles ont pour effet de priver les Premières Nations du recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits. La Cour a également mentionné d'autres facteurs qui doivent être pris en considération afin de décider si, dans un cas donné, l'honneur de la Couronne a été préservé. Parmi ces facteurs mentionnons la question de savoir si une juste indemnisation est offerte en cas d'expropriation et celle de savoir si des consultations ont eu lieu⁸⁸. Il est possible d'affirmer que l'obligation d'offrir une juste indemnité pourrait s'appliquer à d'autres situations que l'expropriation. Cette interprétation devrait être prise en considération dans l'élaboration d'une nouvelle politique sur les revendications. Ces cas précis constituent autant d'obligations de fiduciaire distinctes, qui viennent s'ajouter aux obligations ordinaires qui incombent aux fiduciaires en vertu du droit canadien.

Néanmoins, compte tenu de la portée de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Sparrow*, il n'existe encore qu'une bien maigre jurisprudence sur la question. En effet, la majorité des décisions rendues jusqu'ici concernaient généralement des litiges relatifs à des droits de chasse et de pêche et portaient principalement sur l'application de la norme relative à la justification des atteintes aux droits prévus par le paragraphe 35(1). Dans la seule affaire ne portant pas sur des droits de chasse et de pêche que nous avons pu trouver, le tribunal a jugé que l'arrêt *Sparrow* n'était d'aucune utilité étant donné que les faits de cet arrêt concernaient la réglementation des pêches. Bien entendu, il y a toujours la décision de première instance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw*⁸⁹, qui a eu pour effet de limiter considérablement les principes énoncés dans *Sparrow*, tant en ce qui concerne l'extinction des droits ancestraux que les obligations de fiduciaire⁹⁰. Cette affaire est en appel et, jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada l'examine (si jamais elle le fait), il vaut probablement mieux ne pas y attacher trop d'importance. Même si les principes du droit des fiduciaires sont essentiels, il faudrait néanmoins adopter une approche générale, car le fait de se replier sur des positions

⁸⁸ *Sparrow* (voir la note 45), p. 1119.

⁸⁹ *Delgamuukw* (voir la note 76), p. 233.

⁹⁰ Même si la Cour a limité l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'obligation d'autoriser les demandeurs à utiliser, à des fins de subsistance, des terres de la Couronne inoccupées ou vacantes, sous réserve des lois d'application générale de la province, et ce, jusqu'à ce que ces terres aient été affectées à une autre destination, elle a néanmoins statué que la Couronne fédérale et les Couronnes provinciales sont tenues de respecter cette obligation de fiduciaire. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a pas examiné la nature de l'obligation de fiduciaire dont il a été question en première instance; voir (1993), 104 DLR (4th) 470 (C.A.C.B.).

juridiques statiques s'est révélé une stratégie qui a entravé la réalisation de progrès dans le domaine des revendications. Comme l'a souligné un observateur :

[Traduction]

[1] est possible qu'on ne puisse se limiter à l'état actuel du droit canadien pour dégager les critères fondamentaux d'une nouvelle politique. En effet, pour assurer le règlement juste et équitable d'un différend à la lumière des faits qui lui sont propres, il pourrait être nécessaire de s'interroger sur le caractère équitable de certaines actions en regard d'un ensemble de principes et du contexte historique dans son ensemble. À défaut d'agir ainsi, on ne saurait réaliser l'objectif fondamental de la réforme qui consiste à établir un mécanisme de règlement des griefs qui cesse d'être lui-même un obstacle à des rapports harmonieux entre la Couronne et les Autochtones. Le tribunal qui serait créé à cette fin ne manquera pas d'acquiescer de l'expertise dans ce domaine et contribuera sans nul doute à faire avancer le droit canadien et ne sera pas à sa remorque⁹¹.

Après *Sparrow*, le ministère des Affaires indiennes a fait circuler une note de service interne faisant état des répercussions de cette décision et sollicitant les vues des différents secteurs du Ministère en ce qui concerne les obligations de fiduciaire⁹². Dans cette note on reconnaissait que des obligations de fiduciaire pourraient prendre naissance dans le cadre de l'application par le Ministère de la loi, des règlements, des programmes (y compris des négociations) et des politiques, ainsi que par suite des pratiques du Ministère. En d'autres mots, on y reconnaît que pratiquement toutes les mesures prises par le ministère des Affaires indiennes relèvent des rapports de fiduciaire. On n'indiquait pas, dans ce document, que la Couronne est tenue à des obligations de fiduciaire envers les Autochtones en cas de litige devant les tribunaux, mais cette omission découle peut-être du fait que la note de service a été rédigée par des fonctionnaires du ministère de la Justice qui ne s'étaient pas penchés sur la question.

Les obligations de fiduciaire auxquelles sont tenus le Ministère et la Couronne dans tous leurs rapports avec les Premières Nations sont considérables et ont désormais un caractère constitutionnel. Même dans la note de service, par ailleurs relativement circonspecte, qu'a fait circuler le ministère des Affaires indiennes, on reconnaissait que les fonctionnaires doivent dans chaque cas se demander si des droits ancestraux ou issus de traités sont touchés par la mesure envisagée. Si c'est le cas (et le contraire est peu probable compte tenu de la nature des responsabilités du ministère des Affaires indiennes), les fonctionnaires doivent alors se demander si l'atteinte aux droits en question est raisonnable, si elle impose des contraintes excessives, si elle empêche l'exercice des droits en question et si l'objet ou l'effet de la restriction porte inutilement atteinte aux droits protégés.

⁹¹ Morris/Rose/Ledgett (voir la note 8), p. 188.

⁹² Ce document, qui n'est pas daté, a été obtenu par l'auteure (qui le conserve dans ses dossiers) de l'Assemblée des Premières Nations. Le 6 février 1991, ce document a été transmis par le chef national, George Erasmus, à tous les chefs pour qu'ils l'examinent.

Comme nous l'avons signalé précédemment, l'arrêt *Sparrow* appuie nettement la thèse selon laquelle la notion de rapports de fiduciaire s'applique autant à la Couronne fédérale qu'aux Couronnes provinciales. À la lumière de l'arrêt *Sparrow*, McTavish pose la question suivante : [Traduction] «[L]a Couronne provinciale sera-t-elle tenue responsable envers les peuples autochtones du défaut de s'acquitter de l'obligation positive de fiduciaire qui incombe clairement en droit au procureur général⁹³?» Le juge en chef Dickson semble avoir répondu affirmativement à cette question dans ses motifs concurrents dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*⁹⁴. Comme nous l'avons souligné plus tôt, le juge en chef Dickson reconnaît que «du point de vue des autochtones, toute division fédérale-provinciale que la Couronne s'est imposée à elle-même est interne et ne modifie aucunement la structure fondamentale des rapports entre le souverain et les Indiens⁹⁵. Par conséquent, le partage des pouvoirs législatifs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'attribution de la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens au gouvernement fédéral n'ont pas pour effet de libérer la Couronne provinciale de ses obligations de fiduciaire.

L'impulsion donnée par l'arrêt *Sparrow* doit conduire à un réaménagement complet des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Pour ce qui est de la politique des revendications territoriales, ce réaménagement reste encore à faire. Toutefois, il est encourageant de noter que, dans sa plate-forme, le Parti libéral du Canada reconnaît que cette politique n'a pas été modifiée afin de tenir compte des faits nouveaux importants – tel l'arrêt *Sparrow* – survenus dans le droit applicable en la matière. À mon avis, le milieu juridique, et les avocats du gouvernement fédéral en particulier, ont été lents à saisir à quel point l'article 35 marque une rupture avec le passé et constitue un nouveau paradigme dans le cadre des rapports entre les Premières Nations et le Canada. Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans *Sparrow*, l'importance de l'article 35 va au-delà de la protection constitutionnelle des droits des Premières Nations :

L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. *Il écarte les anciennes règles du jeu* en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines⁹⁶.

La mise en oeuvre de la nouvelle politique des revendications devrait être fondée sur une application généreuse du droit des fiducies. La réforme du processus des revendications doit être fondée sur les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones. Parmi ces obligations, mentionnons les suivantes :

- l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts;

⁹³ McTavish, *Fiduciary Duties of the Crown* (voir la note 45), p. 194.

⁹⁴ *Mitchell c. Bande indienne Peguis* [1990] 2 R.C.S. 85.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 109.

⁹⁶ *Sparrow* (voir la note 47), p. 1106, (où la Cour cite les propos du professeur N. Lyon). Italiques ajoutés.

- l'obligation de communiquer toute l'information pertinente;
- l'obligation de financer la défense des droits fonciers;
- l'obligation de donner priorité aux intérêts des Autochtones sur les intérêts concurrents.

De fait, ces obligations ainsi que les autres qui découlent des rapports de fiduciaire doivent servir de principes directeurs en vue de la mise en oeuvre de la politique des revendications.

PROPOSITIONS EN VUE DU RENOUVELLEMENT DU MÉCANISME

Il est possible de dégager des principes directeurs régissant les rapports de fiduciaire plusieurs possibilités de modifications de la politique de revendication territoriale et du mécanisme de règlement des différends. À partir de ces principes et des récents engagements politiques décrits plus tôt dans le texte, il est essentiel d'apporter les modifications suivantes à la politique des revendications :

- établissement d'un mécanisme de règlement des différends indépendant du gouvernement, de manière à éviter les conflits d'intérêt, à assurer sa neutralité et de protéger les Premières Nations contre les actions défavorables de la Couronne;
- établissement, par les Premières Nations et le gouvernement, d'une institution qui fonctionnerait selon un protocole commun et qui pourrait recourir à toute méthode de règlement des différends disponible afin d'assurer une conclusion favorable des négociations; cette institution permettrait également d'éviter, relativement aux droits des intéressés, des conflits incompatibles avec les obligations du fiduciaire; enfin, elle aurait notamment pour rôle d'offrir des services de médiation et d'arbitrage obligatoires et non obligatoires, en plus d'assurer des fonctions quasi judiciaire;
- établissement d'une nouvelle politique des revendications rejetant l'extinction des droits, uniformisant la définition de la notion de revendication et les critères applicables, mettant l'accent sur la sauvegarde de l'honneur de la Couronne et le respect intégral des obligations de fiduciaire et, enfin, reconnaissant les droits ancestraux et issus de traités.

Du point de vue du règlement des différends et du mécanisme de règlement des revendications, la véritable question qui se pose est celle de savoir si les tribunaux devraient être saisis des questions touchant les revendications territoriales. Il s'agit là évidemment d'une décision politique. Toutefois, il existe de nombreuses raisons permettant d'affirmer que la réforme proposée devrait soustraire les revendications et les différends touchant celles-ci à la compétence des tribunaux et confier le tout à un organisme spécialisé indépendant, capable de statuer plus rapidement et plus équitablement. Ce tribunal indépendant ne devrait pas être considéré uniquement comme un élément de plus d'une politique par ailleurs déficiente. Même s'il est possible de réaliser des progrès immédiats en améliorant les procédures de règlement des différends concernant les revendications, il faut prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que les mécanismes de négociation

et d'établissement des politiques respectent les droits des Premières Nations, les principes du droit des fiducies et le principe de l'indépendance du processus décisionnel.

Tant les principes fondés sur le droit des fiducies, que les nombreux rapports et études publiés sur la question et la récente plate-forme du Parti libéral appuient l'établissement d'un mécanisme non contradictoire de règlement des différends concernant les revendications territoriales. Qui plus est, la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale commande que l'on partage le pouvoir de créer les institutions chargées de régler les conflits et que la mise en place de telles institutions se fasse de manière conjointe. Les tribunaux demeurent des institutions unidimensionnelles. Ils ne sont pas issus de l'application d'un tel partage des pouvoirs et ils ne sont pas réceptifs à une approche biculturelle. Ils sont les instruments d'un système contradictoire qui ne fait que peu ou pas de place aux solutions de rechange en matière de règlement des différends telles que l'arbitrage ou la médiation⁹⁷. Comme le démontrent les travaux de la Commission des revendications des Indiens, il faut faire appel à une approche spéciale lorsque des revendications indiennes sont en cause. En effet, la tradition orale des Premières Nations et la nature fragmentaire de la documentation historique disponible exigent une approche différente en matière de preuve et d'enquête. Les principes «juridiques» applicables à cet égard sont en pleine évolution.

Le système juridique canadien ordinaire ne tient pas compte des principes juridiques des Premières Nations. Or, il est absolument essentiel pour assurer un règlement équitable des revendications que les décideurs sachent faire montre de sensibilité aux réalités biculturelles dans l'analyse de ces revendications et l'application des normes pertinentes. De nouveaux principes et même un nouveau mécanisme de règlement des différends doivent être élaborés, idéalement par un organisme spécialisé dont la composition et le mandat refléteraient l'histoire, la culture et les traditions autochtones et non autochtones. Comme nous l'avons signalé plus tôt, un tel organisme spécialisé ferait vraisemblablement avancer le droit plutôt que d'être simplement à sa remorque. Ce leadership est essentiel, étant donné que le droit pertinent ne se limite pas au droit anglo-américain. Comme l'a souligné le professeur Brian Slattery :

[Traduction]

La doctrine des droits fonciers ancestraux ne tire son origine ni du droit des biens anglais ou français ni des coutumes autochtones. Il s'agit d'un ensemble de règles de droit autonomes qui font le pont entre les régimes autochtones de tenure foncière et les régimes européens de droit de propriété qui étaient appliqués dans les colonies. Cette doctrine emprunte à ces régimes sans en faire partie. Comme le reconnaît le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, les droits fonciers des Autochtones ont par conséquent un caractère *sui generis*⁹⁸.

⁹⁷ Pour une analyse intéressante des mécanismes de règlement des différends, sans référence toutefois aux traditions des Premières Nations en la matière, voir McCallum, *Dispute Resolution Mechanisms in the Resolution of Comprehensive Aboriginal Claims* (voir la note 8).

⁹⁸ Slattery, *Understanding Aboriginal Rights* (voir la note 45), pp. 744 et 745.

L'application d'une telle approche pourrait causer un certain inconfort au gouvernement, qui préférerait que le mécanisme soit empreint de certitude, autrement dit qu'on connaisse à l'avance les principes applicables. Toutefois, comme la Cour suprême l'a reconnu dans *Sparrow*, nous sommes en pleine période de réaménagement des règles du jeu. Bon nombre des anciennes normes et philosophies appliquées aux Premières Nations doivent être réexaminées d'un oeil critique, voire abandonnées. D'une certaine manière, nous traversons une période importante de changement et de remise en question d'un pan entier du droit. Les principes du droit des fiducies commandent que l'on ne permette pas à la Couronne, dans le cadre de cette remise en question, de se réfugier derrière de vieilles notions et d'anciennes décisions judiciaires qui sont les vestiges d'une période de la jurisprudence dont peu de nous sont fiers aujourd'hui. Comme l'a souligné le juge Hall, dans une décision qui a fait époque, l'arrêt *Calder* :

Il faut aborder la question de l'appréciation et de l'interprétation des documents historiques et des textes législatifs versés aux dossiers en se fondant sur les connaissances et recherches actuelles sans tenir compte des anciens concepts formulés à une époque où la compréhension des coutumes et de la culture des autochtones de notre pays était rudimentaire et incomplète et où l'on pensait qu'ils étaient sans cohésion, lois ou culture et constituaient de fait une espèce inférieure⁹⁹.

À mon avis, la seule façon d'éviter que les revendications soient appréciées en fonction de notions archaïques ou de perceptions erronées concernant les Premières Nations et leur histoire est de veiller à ce que l'institution chargée d'examiner ces différends soit composée de représentants autochtones et non autochtones. Les tribunaux ne sont pas à même d'assurer cette diversité, pas plus que leur histoire ou leur raison d'être ne se prêtent à de telles innovations. Voilà pourquoi il nous faut établir un mécanisme de règlement des différends qui puisse, à cette seule fin, se substituer dans une large mesure aux tribunaux. Je suis consciente que le tribunal des revendications qui serait établi à cette fin ne serait pas en mesure de se soustraire entièrement au pouvoir de contrôle des tribunaux supérieurs. Toutefois, il devrait être possible de faire en sorte que les conclusions de fait, de droit et mixtes soient examinées au sein de la structure du tribunal, ce qui permettrait d'assurer une plus grande sensibilité, en appel, aux réalités biculturelles des revendications.

Tant que nous n'aurons pas établi un tribunal indépendant, habilité à faciliter les négociations, à agir comme médiateur dans les différends touchant les négociations et, lorsque tout le reste a échoué, à trancher ces différends, nous ne disposerons pas d'un véritable mécanisme de règlement des revendications. Les Premières Nations continueront d'être obligées de s'adresser aux tribunaux, en raison d'une politique de négociations incroyablement lente et manifestement inéquitable. Pour être efficace, un tribunal doit avoir des « dents » – ses décisions doivent être exécutoires – mais il doit également être créé de concert par le gouvernement fédéral et les Premières Nations. Le rôle des provinces

⁹⁹ *Calder* (voir la note 7), p. 346.

dans la création de ce tribunal est une question importante, compte tenu du fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* a eu pour effet de transférer aux provinces la compétence sur les terres et les ressources naturelles. La participation des provinces à l'établissement de ce tribunal pourrait bien être nécessaire, bien que l'article 35 semble autoriser une certaine latitude, même à l'égard des articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la magistrature.

Il faudrait envisager sérieusement la création d'une commission des revendications indépendante, capable de faciliter les négociations (notamment en établissant des échéanciers ou en apportant le soutien logistique nécessaire), d'agir comme médiateur lorsque des désaccords commencent à se cristalliser et, ultimement, de trancher les différends. Il faut, en s'inspirant des progrès réalisés en matière de mécanismes de règlement des différends, façonner des techniques adaptées au contexte biculturel particulier des rapports qu'entretiennent la Couronne et les Premières Nations. Un organisme spécialisé peut élaborer de nouvelles techniques de règlement des différends en s'inspirant des solutions les plus intéressantes proposées dans la littérature pertinente, en les mettant à l'essai et en les perfectionnant jusqu'à ce qu'elles permettent de tenir compte de l'historique de ces différends et de leur contexte. Le travail impressionnant qu'a réalisé dès le départ la Commission des revendications des Indiens m'a convaincue que l'organisme indépendant qui serait chargé du règlement des revendications devrait disposer de la latitude et l'appui nécessaires pour être en mesure d'acquiescer ce bagage de connaissances et de l'appliquer au règlement des différends concernant les revendications.

Pour être vraiment indépendante, une commission des revendications devrait être créée par voie législative. Cette loi devrait d'abord être approuvée par les Premières Nations, puis faire l'objet d'un protocole signé par des dirigeants du gouvernement fédéral et des Premières Nations. En effet, sans assises législatives, l'organisme en question pourrait être aboli par une partie – le gouvernement fédéral (ou le pouvoir exécutif, s'il était aboli par décret) – et cette menace de tous les instants aurait un effet paralysant sur ses travaux. Dans de telles circonstances, la commission ne serait pas vraiment indépendante, puisque son existence serait tributaire de l'appui du pouvoir exécutif. Une commission des revendications indépendante doit, dans une certaine mesure, être à l'abri des vicissitudes de la politique pour être en mesure d'examiner les différends avec le regard et l'indépendance nécessaires pour assurer l'équité et l'impartialité du mécanisme. Même si un geste politique est nécessaire pour créer une telle institution, ce geste doit être accompli en tenant compte des obligations de fiduciaire de la Couronne et de la nécessité d'éliminer les conflits d'intérêts et le caractère nettement inéquitable de la politique actuelle. Un autre aspect intéressant d'un texte de loi parrainé conjointement par le fédéral et l'APN est que les dispositions relatives à la nomination et à la rémunération des commissaires pourraient être établies d'une manière analogue aux dispositions concernant les salaires et l'indépendance des juges dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Évidemment, les Premières Nations et le gouvernement fédéral pourraient créer une cour des revendications. Cependant, bon nombre d'arguments militent à l'encontre de cette solution : la nécessité de s'écarter du système contradictoire, d'établir une approche

spéciale en ce qui a trait à la preuve et de favoriser la sensibilité aux réalités interculturelles dans la détermination des principes devant être appliqués en vue du règlement des différends. Une cour pourrait être créée en vue de connaître des appels du tribunal administratif chargé d'examiner les revendications. De fait, une telle solution devrait être envisagée. Cependant, comme nous l'avons vu plus tôt, il ne semble pas qu'une cour de justice permettrait d'apporter une solution aux multiples problèmes que créent les politiques et le cadre institutionnel qui régissent actuellement les revendications. Le tribunal spécialisé pourrait se voir confier une compétence générale et la souplesse nécessaire sur le plan procédural.

L'organisme qui serait ainsi établi devrait être habilité à faire rapport annuellement de l'avancement de ses travaux et au Parlement et aux Premières Nations, et à formuler des suggestions quant aux améliorations susceptibles d'être apportées au processus. Les parties devraient être liées par ses décisions. Par ailleurs, le recours à l'organisme devrait être obligatoire, autrement les parties retourneront rapidement à leurs habitudes de confrontation. Le tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande est un exemple pertinent pour les fins du présent document, même si, doit-on le rappeler, toute réforme des politiques canadiennes en la matière doit tenir compte des conditions particulières du pays et du fait que les Premières Nations du Canada n'ont rien à voir avec les Maoris. Jusqu'en 1988, le tribunal Waitangi, à l'instar de l'actuelle Commission des revendications des Indiens, ne possédait que le pouvoir de formuler des recommandations au gouvernement. Dans bon nombre de cas, le gouvernement ne tenait pas compte des décisions du tribunal ou rejetait ses recommandations. Même aujourd'hui, les parties ne sont tenues de s'adresser au tribunal Waitangi qu'à l'égard de certains différends et, comme le caractère obligatoire des décisions du tribunal est fonction de leur acceptabilité pour le public, les droits des Maoris peuvent être compromis sérieusement¹⁰⁰. En effet, cette notion d'acceptabilité pour le public peut faire en sorte que les droits des Maoris, qui ne sont qu'une minorité de la population en Nouvelle-Zélande, soient tout bonnement rejetés par la majorité de la population par suite d'une campagne médiatique négative. Un tel mécanisme n'est pas indiqué au Canada, compte tenu des obligations de fiduciaire qu'a la Couronne envers les Premières Nations. En effet, si, dans le cadre d'un sondage d'opinion réalisé au pays, les répondants se prononçaient en faveur de l'élimination des droits ancestraux et issus de traités, toute mesure prise par le gouvernement en ce sens serait contestée au motif qu'elle violerait et l'obligation de fiduciaire de la Couronne et les garanties constitutionnelles prévues par l'article 35.

Outre la création d'un tel organisme indépendant, d'autres réformes s'imposent. Par exemple, autant dans le domaine des recherches historiques que dans celui du financement des revendications, une plus grande indépendance est nécessaire. Même si, au cours des dernières années, nous avons assisté à la création de centres de recherche sur les droits ancestraux et issus de traités dans les diverses régions du pays, les ressources budgétaires consacrées par le gouvernement aux recherches sont, pour l'essentiel, dépensées à l'interne.

¹⁰⁰ Voir McCallum, *Dispute Resolution Mechanisms* (voir la note 8), p. 157.

De même, les recherches fondamentales sur les revendications continuent d'être menées à l'interne. Cette situation ne manque pas de soulever certaines inquiétudes en matière de conflit d'intérêts. Des mesures doivent être envisagées afin d'assurer une certaine indépendance des activités de recherche. Il faudrait peut-être qu'une commission des revendications indépendante puisse disposer de ses propres ressources en matière de recherche à l'égard des différends concernant les revendications et, sans remplacer les centres de recherche existants sur les droits ancestraux et issus de traités, charger un groupe d'universitaires indépendants de superviser les travaux réalisés dans ce domaine, peut-être en adoptant des lignes directrices sur l'éthique en matière de recherche analogues à celles établies par la Commission royale sur les peuples autochtones en 1993.

Le financement est également une question cruciale, et les arrangements actuels ont fait l'objet de critiques considérables. Le financement est accordé sous forme de prêts remboursables en cas de règlements. D'ailleurs, le ministère des Affaires indiennes exerce sur ces budgets un contrôle très serré, qui va presque jusqu'à dicter le type de recherches ou de services professionnels que les requérants peuvent se procurer afin de rédiger leur mémoire. Il faut prendre des mesures pour que les décisions concernant le financement soient prises de façon indépendante. Même si on a reproché au Ministère les conflits d'intérêt manifestes qui caractérisent ses décisions concernant le financement des causes types, aucune mesure n'a encore été prise pour confier ces décisions à un organisme indépendant. Une commission des revendications indépendante devrait avoir la responsabilité des décisions concernant le financement et devrait veiller à ce que ces décisions soient prises indépendamment de l'appréciation du bien-fondé des revendications. Le fait de permettre à tout requérant de pouvoir présenter une revendication est un objectif important. Il est plausible de croire que bon nombre de revendications n'ont pas encore été présentées en raison du contrôle exercé par le Ministère sur les fonds accordés en vue de la préparation des mémoires.

Une commission des revendications indépendante devrait s'acquitter d'un certain nombre d'autres fonctions, notamment :

- établir une base de données concernant les règlements antérieurs;
- renseigner le public sur le processus des revendications et sur l'importance de régler celles-ci de manière équitable;
- surveiller l'aliénation des terres et des ressources naturelles durant les négociations;
- traduire les documents dans les langues des Premières Nations;
- trouver des sources d'information et de formation en ce qui concerne le règlement des différends et les habiletés à la négociation;
- examiner les différends découlant de la mise en oeuvre des règlements.

LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

La Commission des revendications des Indiens est une institution importante qui, même si elle n'existe que depuis deux ans, a déjà su établir sa crédibilité et acquérir de l'expertise dans le domaine des négociations et de la médiation en contexte interculturel. Son efficacité est toutefois minée par le fait que le gouvernement ne donne pas suite à ses recommandations et par l'impression selon laquelle celui-ci exercerait un certain contrôle sur elle, notamment en ce qui concerne la nomination de ses membres. La Commission ne jouit pas d'une indépendance suffisante pour rendre des décisions obligatoires et son mandat est par ailleurs trop restreint. Elle ne bénéficie pas d'assises législatives lui accordant tous les pouvoirs dont elle aurait besoin pour fonctionner efficacement, notamment à titre de tribunal quasi judiciaire. De plus, il semble que ses services de médiation ne soient pas utilisés parce qu'elle n'a aucun pouvoir «concret» de surveillance sur le déroulement des négociations, sauf avec le consentement des parties. D'ailleurs, le gouvernement tarde à faire appel à ses services à cet égard. Cette situation ne changera pas à moins qu'on ne renforce les pouvoirs de surveillance de la Commission.

La commission indépendante dont on a besoin est une institution qui aurait compétence sur les revendications, de l'étape de la détermination de leur recevabilité jusqu'à celle de la mise en oeuvre des règlements. Cette commission pourrait se voir confier compétence de façon progressive. Par exemple, on pourrait, dans un premier temps, lui donner compétence en matière d'examen de la recevabilité et des règlements, puis, dans un deuxième temps, lui confier des pouvoirs de surveillance accrues sur le déroulement des négociations. Peut-être que, compte tenu de son mandat actuel, la Commission des revendications des Indiens pourrait jouer le rôle qu'on entend confier, dans la première étape, à l'organisme censé devenir un mécanisme de règlement des revendications complètement indépendant.

Pour assurer l'indépendance d'un tel mécanisme, il faut lui donner des assises législatives fondées sur un protocole établi conjointement par les Premières Nations et le gouvernement fédéral. Un tel protocole exigerait la prise de mesures législatives adoptées et par le Parlement et par les Premières Nations, dans le cas de ces dernières adoptées au moyen d'une procédure appropriée (par voie de résolution). Il convient de bâtir sur les acquis de la Commission des revendications des Indiens plutôt que de repartir à zéro et de risquer de perdre le bagage de connaissances accumulé par les commissaires, le personnel professionnel de la Commission et le protocole qu'est en train d'établir cette dernière. Cette solution devrait être examinée attentivement par le gouvernement et les dirigeants des Premières Nations. Les travaux accomplis par le Groupe de travail mixte, même s'ils ont porté principalement sur la politique des revendications particulières, sont également utiles en vue d'amorcer le dialogue. Les propositions qu'ils renferment relativement au règlement des différends et à l'établissement de comités d'examen indépendants constituent de bons éléments de départ, même si elles n'appuient pas suffisamment la création d'une commission qui serait tout à fait indépendante et qui aurait compétence sur le processus de négociation des revendications.

QUESTIONS TOUCHANT SUR LA TRANSITION DIALOGUE SUR LA RÉFORME

Il est évident qu'il y a consensus en faveur de l'établissement d'une commission des revendications indépendante. Toutefois, il faudra les efforts concertés et la volonté de tous les intervenants pour que cette décision politique qui fait consensus se traduise par une politique mise en oeuvre dans un cadre législatif. Une telle mesure ne peut être prise unilatéralement par le gouvernement. Il faudra, pour assurer la mise en oeuvre de ces propositions, prévoir un mécanisme permettant aux dirigeants des Premières Nations et aux ministres fédéraux concernés de se rencontrer pour convenir d'une stratégie de mise en oeuvre, d'un protocole ainsi que de la mesure législative et des résolutions nécessaires. Si la volonté politique y est et si le personnel nécessaire est affecté aux diverses tâches administratives requises, notamment la rédaction, ce travail ne devrait prendre que quelques mois.

Le fait que la réalisation de progrès dans le domaine des revendications soit intimement liée à la réalisation de progrès sur d'autres points, notamment l'autonomie gouvernementale et l'indépendance économique, justifie d'accorder une priorité élevée au règlement des revendications. Il s'agirait là d'une excellente occasion de travailler à l'amélioration des rapports entre le gouvernement et les Premières Nations. Il y a déjà trop longtemps que l'on tarde à rétablir un climat de confiance ainsi que des rapports harmonieux et durables. À mon avis, il n'existe pas d'empêchement important de nature théorique, juridique ou constitutionnel faisant obstacle à la création d'une commission des revendications indépendante. La mise en oeuvre de ces propositions entraînera inévitablement des changements, mais ces changements feront en sorte que la Couronne aura désormais une conduite plus conforme à ses obligations de fiduciaire envers les Premières Nations. Encore une fois, c'est un changement qui se faisait attendre depuis longtemps. Comme le Parti libéral le reconnaît dans sa plate-forme, la politique des revendications territoriales n'a pas suivi l'évolution de la jurisprudence. Les tribunaux reconnaissent, depuis *Sparrow*, que les règles du jeu doivent être changées et que les Premières Nations doivent participer pleinement à ce processus de modification. La politique doit être revue pour tenir compte de cette réalité.

Je crois que la Commission des revendications des Indiens pourrait jouer un rôle utile dans la mise en oeuvre de la nouvelle politique. En effet, elle dispose d'une stratégie de communication efficace en plus d'être très familière avec les politiques existantes et les

différentes solutions possibles en vue de la réforme du processus. Même si la Commission n'a actuellement qu'un mandat limité, comme elle compte sur les services de médiateurs expérimentés, elle pourrait offrir ses «bons offices» afin d'aider les Premières Nations et les gouvernements à amorcer sans délai les discussions préliminaires nécessaires à la mise en oeuvre de la plate-forme libérale.

CONCLUSION

Nous n'avons pas, dans le présent article, examiné de manière exhaustive la politique des revendications. Il faudra en effet consacrer bien d'autres efforts à cette question. Toutefois, ce qu'il faut, ce ne sont pas des recherches théoriques ou universitaires, mais plutôt que les chefs des Premières Nations et les politiciens et fonctionnaires fédéraux s'assoient autour d'une même table et établissent un programme en vue de la mise en oeuvre des engagements prévus par la plate-forme du Parti libéral. Il faut faire revivre le Groupe de travail mixte et élargir son mandat, en lui demandant d'examiner et la politique des revendications globales et celles des revendications particulières, et de concevoir un mécanisme indépendant de règlement des revendications. Nous avons joint au présent document, pour examen, une ébauche de protocole en vue de la création d'un nouveau Groupe de travail mixte Premières Nations-Canada chargé de l'établissement d'une commission des revendications indépendante (annexe A)

Il faudra fixer un délai précis pour la mise en oeuvre des propositions examinées dans le présent article et de celles figurant dans le protocole qu'avait préparé l'ancien Groupe de travail mixte. Autrement, comme cela s'est trop souvent produit par le passé, toutes les bonnes intentions du monde ne mèneront à rien si la tâche est laissée à des fonctionnaires qui n'ont pas d'intérêt dans la réforme. Dans l'intervalle, la Commission des revendications des Indiens pourrait, si les divers intervenants jugent la chose utile, aider au dialogue entre les intéressés. Il serait également possible, pendant la période de 12 à 24 mois que prendra l'établissement d'un mécanisme de règlement des revendications plus indépendant et compatible avec les obligations de fiduciaire de la Couronne, d'apporter certaines améliorations au processus d'examen des revendications. Par exemple, toutes les revendications rejetées à l'étape de la détermination de la recevabilité pourraient désormais être renvoyées d'office à la Commission des revendications des Indiens pour examen. Une telle mesure permettrait d'assurer aux requérants le respect des garanties d'équité en matière administrative.

À l'heure actuelle, le programme de réforme du processus des revendications territoriales est au point mort. Il s'agit d'une situation tragique, compte tenu du fait qu'il existe bon nombre de solutions qui permettraient d'améliorer les choses dès à présent et que tous les intervenants sur la scène politique se sont entendus sur les problèmes qui affligent le processus et se sont engagés à apporter les réformes nécessaires. Si nous continuons à remettre à plus tard la réforme du processus des revendications territoriales, nous ferons face à une hostilité croissante, et les perspectives de rapports harmonieux et durables entre

les Premières Nations et la Couronne s'assombriront davantage. Qui plus est, il est essentiel de donner la priorité à la réforme des politiques relatives aux revendications territoriales afin d'accomplir des progrès dans la réalisation de l'objectif qui est de favoriser la reprise économique au sein des collectivités indiennes et l'autosuffisance des Premières Nations. Comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones :

Pendant la plus grande partie de l'histoire de l'humanité, la clé de l'autosuffisance a été la terre, la source de toutes les richesses et la base de tous les modes de vie, depuis le mode de vie traditionnel jusqu'au mode de vie moderne. La propriété des terres est encore ce qui justifie de nombreux efforts faits par les autochtones pour ouvrir les portes du développement économique à leurs collectivités¹⁰¹.

¹⁰¹ Commission royale sur les peuples autochtones, *Au cœur du dialogue*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1993, p. 46.

ANNEXE A

PROJET DE PROTOCOLE VISANT LA CRÉATION D'UN GROUPE DE TRAVAIL MIXTE DES PREMIÈRES NATIONS ET DU CANADA CHARGÉ D'ÉTABLIR UNE COMMISSION DES REVENDICATIONS INDÉPENDANTE.

Le présent protocole a été signé en ce _____ jour de _____ 1995.

PAR :

L'Assemblée des Premières Nations agissant pour les chefs des communautés des Premières Nations du Canada et représentée par le chef national (l'«Assemblée»);

ET :

Le gouvernement du Canada, représenté par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien («le Canada»).

ATTENDU :

QUE l'Assemblée s'efforce de régler honorablement toutes les revendications territoriales afin d'assurer un dénouement paisible des différends qui opposent les Premières Nations et le Canada, et la restitution aux Premières Nations de leurs terres et ressources naturelles, éléments essentiels d'une véritable autonomie gouvernementale;

QUE le gouvernement du Canada a reconnu l'importance de refondre en profondeur de la politique fédérale des revendications territoriales et, plus particulièrement, de créer une commission des revendications indépendantes, qui serait chargée de régler tous les différends découlant des revendications territoriales;

QUE le présent protocole vise à mettre sur pied un organisme mixte qui aurait pour mission d'établir une commission des revendications juste, efficace et pleinement indépendante qui aurait pour mission de veiller à la réalisation des engagements mutuels de l'Assemblée et du Canada;

L'ASSEMBLÉE ET LE CANADA CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

1. L'Assemblée et le Canada constituent le Groupe de travail politique mixte et le Groupe de travail technique mixte composés des membres permanents et suppléants énumérés à l'annexe A ci-jointe [à ajouter].
2. Le Groupe de travail politique mixte a pour mission d'amorcer sans délai des discussions sur la mise en oeuvre de la proposition du gouvernement d'établir une commission des revendications pleinement indépendante. Le Groupe de travail technique mixte appuiera les travaux du Groupe de travail politique mixte.
3. Les parties au présent protocole peuvent, individuellement ou conjointement, demander à l'actuelle Commission des revendications des Indiens de leur fournir l'appui administratif, technique ou autre dont elles estiment avoir besoin dans le cadre de leur discussions visant l'établissement d'une commission des revendications indépendante.
4. Le Groupe de travail politique mixte établira les plans de la commission des revendications indépendante, auxquels on donnera corps dans un projet de loi fédéral. Seront également préparées les résolutions nécessaires portant confirmation et appui qui doivent être soumises aux chefs réunis en assemblée.
5. La commission des revendications indépendante sera créée conjointement par le Canada et l'Assemblée, et la composition ainsi que le mandat de la commission proposée devront refléter cet engagement en faveur de l'égalité politique et de la prise de décision en commun.
6. La commission des revendications indépendante sera conçue de manière à assurer le respect intégral de toutes les obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral envers les Premières Nations et à favoriser la conclusion de règlements négociés des revendications, particulièrement grâce au recours aux diverses solutions de rechange aux tribunaux, en matière de règlement des différends, notamment en agissant comme arbitre ou médiateur, ou, en tout dernier recours, en statuant sur le différend. De plus, les deux Groupes de travail veilleront à intégrer à la procédure de la commission des revendications indépendante les traditions des Premières Nations en matière de règlement des différends.
7. Les membres du Groupe de travail politique mixte s'efforceront de préparer leurs diverses recommandations et ébauches par voie de consensus et, à cette fin, ils peuvent, au besoin, retenir les services de spécialistes indépendants capables de faciliter leurs discussions.
8. Le Groupe de travail politique mixte déposera le rapport de ses activités, accompagné du projet de loi et des résolutions l'Assemblée, avant le 1^{er} janvier 1996, de façon que la commission des revendications indépendante puisse être mise en place avant le 1^{er} juin 1996.
9. L'Assemblée et le Canada conviennent de ne pas faire d'annonces publiques ou médiatiques concernant la commission des revendications indépendante tant que le Groupe de travail politique mixte n'aura pas terminé ses travaux et que le chef national de l'Assemblée et le Ministre n'aurent pas convenu de le faire.

10. L'Assemblée et le Canada conviennent que les membres du Groupe de travail politique mixte peuvent, en plus de travailler à la réalisation de leur mandat spécifique qui consiste à établir les plans d'une commission des revendications pleinement indépendante, formuler toute autre recommandation visant la réforme des politiques fédérales en matière de revendications territoriales. Cependant, les parties conviennent que l'objectif prioritaire en vue de la réforme des politiques est l'établissement d'une commission des revendications indépendante qui serait chargée de régler les différends découlant de tous les types de revendications.

11. Le Canada fournira à l'Assemblée les ressources financières nécessaires pour qu'elle puisse participer pleinement aux deux groupes de travail mixtes, conformément aux dispositions du budget proposé à l'égard de ces groupes à l'annexe B ci-jointe [à ajouter].

12. Sous réserve des règles relatives à la confidentialité et au secret professionnel et des restrictions prévues par la législation sur l'accès à l'information, l'Assemblée et le Canada s'engagent à mettre à la disposition des groupes de travail mixtes toute l'information relevant de l'Assemblée et du Canada qui sont nécessaires à la bonne marche des travaux de ces groupes.

13. Le présent protocole sera valide pendant une période douze mois à compter de la date à laquelle les membres du groupe de travail politique mixte se réuniront pour la première fois. La période de validité du protocole pourra être prolongée avec le consentement écrit de l'Assemblée et du Canada.

EN FOI DE QUOI le chef national de l'Assemblée et le Ministre ont apposé leur signature pour le compte de l'Assemblée et du Canada respectivement.

Le chef national de l'Assemblée

Le ministre des Affaires indiennes
et du Nord canadien

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Abel, Richard, dir., *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, vol. 1, Toronto, Academic Press, 1982.
- Arthurs, Harry W., *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1984.
- Asch, Michael, «Errors in Delgamuukw: An Anthropological Perspective» dans Frank Cassidy, dir., dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, 221.
- Asch, Michael, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen Publications, 1984.
- Asch, Michael, «Wildlife: Defining the Animals the Dene Hunt and the Settlement of Aboriginal Rights Claims», [1989] Can. Pub. Pol., 205.
- Asch, Michael et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», (1991) 29, Alb. L. Rev., 498.
- Assemblée des Premières Nations, *AFN's Critique of Federal Government Land Claims Policies*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, 1990.
- Assemblée des Premières Nations, *Doublespeak of the 90's: A Comparison of Federal Government and First Nations Perceptions of the Land Claim Process*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, 1990.
- Assemblée des Premières Nations, *Land Claims Reform Process: Towards an Adequate First Nation Land and Resource Base*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, août 1994.
- Association du Barreau canadien, *New Zealand's Waitangi Tribunal: An Alternative Dispute Resolution Mechanism*, Association du Barreau canadien, Ottawa, [non daté].
- Association du Barreau canadien, *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur les droits autochtones au Canada : Du défi à l'action*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1988.
- Association of Iroquois and Allied Indians, *The Indian Land Claims Resolution Process (An Information Paper)*, Walpole Island, Ontario, mars 1980.
- Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.
- Barber, Lloyd I., «Indian Claims Mechanisms», (1973-1974) 38 Sask. L. Rev. 11.
- Barsh, Russel L., «Indian Land Claims Policy in the United States», (1982) 58 North Dakota L. Rev. 7.

- Bartlett, Richard H., «The Dettah Resolution and the dene-Metis Land Claim Settlement», (1990) 3 C.N.L.R. 1.
- Bartlett, Richard H., «The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53 Sask. L.R. 302.
- Bartlett, Richard H., «The Landmark Case on Aboriginal title in Australia: *Mabo v. State of Queensland*», (1992) 3 C.N.L.R. 4.
- Bartlett, Richard H., «Resource Development and the Extinguishment of Aboriginal Title in Canada and Australia», (1990) 20 Univ. of W. Aust. L. Rev. 453.
- Bartlett, Richard H., «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*», (1984-1985) 49 Sask. L.R. 367.
- Bartlett, Richard H., «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians», (1989) 53 Sask. L.R. 302.
- Berger, Thomas R., *Le Nord : terre lointaine, terre ancestrale*, Rapport de l'enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie, vol. 1. Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977.
- Binnie, W.I.C., «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning», (1990) 15 Queen's L.J. 217.
- Boldt, Menno et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- Boldt, Menno et J. Anthony Long, «Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 165.
- Brennan, Frank S.J. et coll., *Finding Common Ground: An Assessment of the Bases of Aboriginal Land Rights*, 2^e éd., Blackburn, Victoria, Collins Dove, 1986.
- British Columbia Task Force, *The Report of the British Columbia Task Force*, Vancouver, Imprimeur de la Reine, le 28 juin 1991.
- Brody, Hugh, *Maps and Dreams: Indians and the British Columbia Frontier*, Markham, Ontario, Penguin Books, 1981.
- M. Bryant, «Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duties: The Phantom of Fiduciary Law», (1993) 27 U.B.C.L. Rev. 19.
- Busby, Karen, Lisa Fainstein et Holly Penner, dir., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*, Winnipeg, Université du Manitoba, Legal Research Institute, 1990.
- Cain, Maureen, «Beyond Informal Justice», (1985) 9, *Contemporary Crises*, 1.
- Canada, *Dossier en souffrance, une politique des revendications des autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982.
- Canada, *En toute justice : une politique des revendications autochtones*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1981.
- Canada, *Fact Sheets: Native Claims in Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, février 1985.

- Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1969.
- Canada, *La politique des revendications globales*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987.
- Canada, *Politique du Gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1993.
- Canada, *Revendications foncières des autochtones. Aperçu de la politique* (document d'information préparé dans le cadre du 3^e atelier national du Comité canadien des ressources arctiques portant sur les gens, les ressources et l'environnement au nord du 60^e parallèle), Yellowknife, les 1^{er} et 3 juin 1983, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, mai 1983.
- Canada, *Traités en vigueur, ententes durables : rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, décembre 1985.
- Cardinal, Harold, *The Unjust Society*, Edmonton, Hurtig, 1969.
- Cassidy, Frank, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992.
- Cassidy, Frank, dir., *Reaching Just Settlements – Land Claims in British Columbia* (actes d'une conférence tenue les 21 et 22 février 1990), Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1991.
- Chayes, Abraham, «The Role of the Judge in Public Law Litigation», (1976) 89 Harv. L. Rev. 1281.
- Chefs indiens de l'Alberta, *Citizens Plus* (exposé présenté par les chefs indiens de l'Alberta au Très Honorable P.E. Trudeau, Premier ministre, et au gouvernement du Canada), Edmonton, Indian Association of Alberta, 1970.
- Ciaccia, John, «The Settlement of Native Claims», (1977) 15 Alberta L. Rev. 556.
- Coates, Kenneth S., et William R. Morrison, dir., *For the Purposes of Dominion: Essays in Honour of Morris Zaslow*, North York, Ontario, Captus University Press, 1989.
- Colvin, Eric, *Legal Process and the Resolution of Indian Claims, Studies in Aboriginal Rights No. 3*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1981.
- Commission des revendications des Indiens, *Rapport annuel 1991-1994*, Ottawa, Commission des revendications des Indiens, 1994.
- Commission sur les Indiens de l'Ontario, *Document de travail traitant des revendications territoriales des Premières Nations*, Toronto, Commission sur les Indiens de l'Ontario, 1990.
- Coyle, Michael, «Traditional Indian Justice in Ontario: A Role for the Present?», (1986) 24 Osgoode Hall L. J. 605.
- Crowe, Keith, «A Summary of Northern Native Claims in Canada: The Process and Progress of Negotiations», (1979) 3 *Inuit Studies* 31.
- Daniel, Richard C., *Le règlement des revendications des autochtones, 1867-1979* (rapport préparé pour le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), Ottawa, 1980.

- Dene/Metis Negotiations Secretariat, *The Dene/Metis Land Claim: Information Package* [non daté].
- Dene Nation, *Dene Declaration*, dans Melville Watkins, dir., *Dene Nation – the Colony Within*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, pp. 3-4.
- Dene Nation, *Dene Nation Annual Report*, de 1983 à 1991.
- Diamond, Billy, «Aboriginal Rights: The James Bay Experience» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 281.
- Druckman, Daniel, *Negotiation: Social-Psychological Perspectives*, London, Sage, 1977.
- Druckman, Daniel et B.J. Broome, «Value Difference and Conflict Resolution», (1991) 35 *Journal of Conflict Resolution* 571.
- Durie, Eddie T. et G.S. Orr, «The Role of the Waitangi Tribunal and the Development of a Bicultural Jurisprudence», (1990-1991) 14 *N.Z.Univ.L.Rev.* 62.
- Emond, D. Paul, «Case Comment: *Guerin v. R.*», (1986) 20 *E.T.R.* 61.
- Erasmus, Georges, «Introduction: Twenty Years of Disappointed Hopes» dans Boyce Richardson, dir., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Toronto, Summerhill Press, 1989, p. 1.
- Feit, Harvey, «Negotiating Recognition of Aboriginal Rights: History, Strategies and Reactions to the James Bay and Northern Quebec Agreement», (1980) 1 *Canadian Journal of Anthropology* 159.
- Fisher, Roger, «Negotiating South Africa's Future», (1987) 3 *Negotiation Journal* 231.
- Fisher, Roger, William L. Ury et Bruce Patton, *Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2^e éd., Toronto, Penguin Books, 1991.
- Fiss, Owen M., «Against Settlement», (1983-1984) 93 *Yale Law J.* 1073.
- Fuller, Lon L., «The Forms and Limits of Adjudication», (1978) 92 *Harv. Law Rev.* 353.
- Fumoleau, René, *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 & Treaty 11 1870-1973*, Toronto, McClelland & Stewart, 1974.
- Gifford, Donald G., «A Context-Based Theory of Strategy Selection in Legal Negotiations», (1985) 46 *Ohio State Law J.* 41.
- Goldberg, Stephen B., Frank E.A. Sander et Nancy H. Roger, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2^e éd., Toronto, Little, Brown and Co., 1992.
- Greschner, Donna, «Judicial Approaches to Equality and Critical Legal Studies» dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 59.
- Grillo, Trina, «The Mediation Alternative: Process Dangers for Women», (1991) 100 *Yale Law J.* 1571.
- Groupe de travail des Nations Unies sur les peuples autochtones, *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, co. E/CN. 4/Sub.2/1989/29.
- Henderson, James Youngblood, «Aboriginal Rights in Western Legal Tradition» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, New York, Dutton, 1975.

- Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992.
- Hogg, Peter W., *Liability of the Crown*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1989.
- Holmes-Norton, Eleanor, «Bargaining and the Ethic of Process», (1989) 64 N.Y.U.L.Rev. 493.
- Hurley, John, «The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*», (1985) 30 McGill L.J. 559.
- Jamieson, Roberta, *Resolution of Issues Involving First Nations and Governments: An Ontario Experience* (ébauche préparée pour le Comité spécial de la justice autochtone de l'Association du Barreau canadien) 1988.
- Joffe P. et M.E. Turpel, *Extinguishment of the Rights of Aboriginal Peoples: Problems and Alternatives*, 3 vols, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, le 17 novembre 1994.
- Johnson, Ralph W., «Fragile Gains: Two Centuries of Canadian and United States Policy Toward Indians», (1991) 66 Wash.L.Rev. 643.
- Johnston, Darlene M., «A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples», (1986) 18 Ottawa L.Rev. 307.
- Knudtson, Peter et David Suzuki, *Wisdom of the Elders*, Toronto, Stoddart Publishing, 1992.
- Lanley, L., «Australian Aborigenes and Their Land», (août 1980) 29 Social Survey 216.
- Lawton, R. Hanson, «Negotiation From Strength», (1987) 14 Pepperdine L. Rev. 839.
- Lax, David A. et James K. Sebenius, *The Manager as Negotiator*, New York, Free Press, 1986.
- Lax, David A. et James K. Sebenius, «Interests: The Measure of Negotiation», (1986) 2 Negotiation Journal 73.
- Lazerson, Mark H., «In the Halls of Justice, the Only Justice is in the Halls» dans Richard Abel, dir., *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, vol. 1, Toronto, Academic Press, 1982, à la p. 119.
- Leghorn, Karen, *Planning for Fairness: An Evaluation of the Canadian Native Claims Settlement Process*, documents de planification de l'UCB, Vancouver, École de planification communautaire et régionale, août 1985.
- Little Bear, Leroy, «Aboriginal Rights and the Canadian "Grundnorm"» dans J. Rick Ponting, dir., *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland et Stewart, 1986, p. 244.
- Lysyk, Kenneth, «Approaches to Settlement of Indian Title Claims: The Alaskan Model», (1973) 8 U.B.C.L.R. 321.
- MacGregor, Roy, *Chief: the Fearless Vision of Billy Diamond*, Markham, Ontario, Penguin Books, 1990.
- MacGuigan, Mark R., «Sources of Judicial Decision Making and Judicial Activism» dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 30.
- McCallum, Andrea, «Dispute Resolution Mechanisms in the Resolution of Comprehensive Land Claims: Power Imbalance between Aboriginal Claimants and Governments», document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, mai 1993.

- McHugh, Paul, *The Maori Magna Carta, New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Toronto, Oxford University Press, 1991.
- McMurtridry, William R. et Pratt, Alan, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective», (1986) 3 C.N.L.R. 19.
- McNeil, Kent, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- McNeil, Kent, «First Nations, Sovereignty and Land Rights: The Legacy of British Colonialism in North America», publié sous le titre «Las Primeras Naciones, Soberanía y Derechos sobre la Tierra: El Legado del Colonialismo británico en Norteamérica», Taller «El Derecho Comparado Indígena en América», Quito, Équateur, les 16 et 19 mai 1990.
- Macklem, Patrick, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination», (1991) 36 McGill Law J. 382.
- Malloch, Lesley, *Dene Government Past and Future: A Traditional Dene Model of Government and its Implications for Constitutional Development in the Northwest Territories Today*, Yellowknife, Territoires du Nord-Ouest, Western Constitutional Forum, 1984.
- Martin, Sheilah L. et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987.
- Menkel-Meadow, Carrie, «Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving», (1984) 31 U.C.L.A. Law Rev. 754.
- Merritt, John, «A Review of Current Federal Land Claim Policy» (document préparé dans le cadre du 3^e atelier national du Comité canadien des ressources arctiques, Yellowknife, juin 1983).
- Miller, J.R., «Aboriginal Rights, Land Claims, and the Struggle to Survive» dans J.R. Miller, dir., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 405.
- Mitchell, Leon, «Using Mediation to Resolve Disputes over Aboriginal Rights: A Case Study» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 286.
- Mnookin, Robert H., «Child Advocacy: A Look at Test-Case Litigation», (1986) 20 Stanford Lawyer 15.
- Morris, Rose et Ledgett, «Analysis of Canada's Comprehensive and Specific Claims Policies and Suggested Alternatives», document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, avril 1994.
- Morrison, William R., «The Comprehensive Claims Process in Canada's North: New Rhetoric, Old Policies» dans Kenneth S. Coates et William R. Morrison, dir., *For the Purposes of Dominion: Essays in Honour of Morris Zaslow*, North York, Ontario, Captus University Press, 1989, p. 261.
- Morse, Bradford W., dir., *Aboriginal Peoples and the Law*, Ottawa, Carleton University Press, 1985.
- Morse, Bradford W., «Labour Relations Dispute Resolution Mechanisms and Indian Land Claims» dans Bradford W. Morse, dir., *Indian Land Claims in Canada* (Association of Iroquois and Allied Indians, Grand Council Treaty #3 et Union of Ontario Indians) [non daté], p. 293.

- Moss, Wendy, «The Implementation of the James Bay and Northern Quebec Agreement» dans Bradford W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law*, Ottawa, Carleton University Press, 1985, p. 684.
- Murray, John S., «Understanding Competing Theories of Negotiation», (1986) 2 *Negotiation Journal* 179.
- Osnaburgh/Windigo Tribal Council, *Report of the Osnaburgh/Windigo Tribal Council Justice Review Committee*, juillet 1990.
- Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois / Pour la relance économique : Le plan d'action libéral pour le Canada*, Ottawa, Parti libéral du Canada, 1993.
- Parti libéral du Canada, *Les peuples autochtones du Canada*, Ottawa, Parti libéral du Canada, 1993.
- Penner, Roland, «Power, the Law, and Constitution-Making» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, p. 247.
- Ponting, J. Rick, dir., *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland & Stewart, 1986.
- Puxley, P., «The Colonial Experience» dans Melville Watkins, dir., *Dene Nation –the Colony Within*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, p. 103.
- Raiffa, Howard, *The Art and Science of Negotiation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1982.
- Reid, l'honorable Robert F., «La médiation, solution préférable», Bulletin de la Commission des revendications des Indiens, Ottawa, Commission des revendications des Indiens, 1993.
- Richardson, Boyce, *Strangers Devour the Land*, Toronto, Macmillan, 1975.
- Richardson, Boyce, dir., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Toronto, Summerhill Press, 1989.
- Ridington, Robin, «Fieldwork in Courtroom 53: A Witness to Delgamuukw» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, p. 206.
- Ross, Rupert, *Dancing with a Ghost: Exploring Indian Reality*, Markham, Ontario, Octopus Publishing Group, 1992.
- Rubin, Jeffrey Z. et Frank E.A. Sander, «Culture, Negotiation and the Eye of the Beholder», (1991) 7 *Negotiation Journal* 249.
- Ryan, Joan et Bernard Ominayak, «The Cultural Effects of Judicial Bias» dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 346.
- Sanders, Douglas, «A Critical Review of the New Indian Policy and Native Claims», Association eskimo-indienne du Canada, mai 1970.
- Sanders, Douglas, «The Australian Aboriginal Land Commissioner», Association du Barreau canadien, Cours de formation juridique permanente, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1987.

- Satsan (Herb George), «The Fire Within Us» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Vancouver, Oolichan Books et Institute for Research on Public Policy, 1992, p. 53.
- Slattery, Brian, «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 C.B.R. 727.
- Turpel, Mary Ellen, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences», (1989-1990) 6 C.H.R.Y.B. 3.
- Turpel, Mary Ellen, «Home/Land», (1991) 10 Canadian Journal of Family Law, 17.
- Watkins, Melville, dir., *Dene Nation: the Colony Within*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.
- Weaver, Sally M., *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda 1968-1970*, Toronto, University of Toronto Press, 1981.
- Weaver, Sally M., «Federal Difficulties with Aboriginal Rights» dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 139.
- Woods, Laurie, «Mediation: A Backlash to Women's Progress on Family Law Issues», (1985) 19 Clearinghouse Review 431.
- Youdan, T.G., dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1989.

JURISPRUDENCE CHOISIE

- Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20.
- Bande Alexander (N° 134) c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (1^{re} inst.)*, [1991] 2 C.F. 3.
- Bande indienne des Sarcis c. Canada (1^{re} inst.)*, [1990] 2 C.F. 110.
- Bande indienne Tsartlip c. Fondation du saumon du Pacifique (1^{re} inst.)*, [1990] 1 C.F. 609.
- Blackfoot Indian Band (No. 146) (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band (No. 146) (Chief and Councillors)*, [1986] 7 F.T.R. 133.
- Canada v. Fort Alexander Indian Band*, [1991] F.C.J. n° 104 (C.A.).
- Canadien Pacifique Ltée. c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.
- Deer c. Conseil mohawk de Kahnawake (1^{re} inst.)*, [1991] 2 C.F. 18.
- Delgamuukw et al. v. R.*, [1991] 5 C.N.L.R. 233 (C.S. C-B.).
- Enoch Indian Band v. Canada (Minister of the Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1990] F.C.J. n° 569 (C.F. 1^{re} inst.).
- Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.
- Kruger v. La Reine et al.* [1985], 17 D.L.R., (4th). 591 (C.F.A.); permission d'en appeler à la Cour suprême refusée, 62, N.R. 103.
- Mentuck c. Canada*, [1986] 1 C.F. 3.
- Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.
- Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471.
- Ominayak c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174.

- Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 571.
R. v. Joseph, [1991] Y.J. n° 37 (Cour terr.).
R. c. Vanderpeet, [1991] B.C.J. n° 2573 (C.S.).
Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322.
Sandy Bay Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [1988], 18 F.T.R., 316 (sous l'intitulé *Desjarlais c. Canada*).
Sparrow c. R., [1990] 1 R.C.S. 1075.
Sterritt v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) [1989] 3 C.N.L.R., 198 (C.F. 1^{re} inst.).
Thomas c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1^{re} inst.), [1991] 2 C.F. 433.